Über den

Unterschied des kaufmännischen Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes.

INAUGURAL-DISSERTATION,

ZUR ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

DER

JURISTEN-FACULTÄT

DER

KÖNIGL. FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN

VORGELEGT

VON

MAX VOLMER,

GERICHTS - REFERENDAR.

BERLIN.

DRUCK VON M. DRIESNER, KLOSTERSTR. 50.

1895.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543501_0128

Meinen theuren Eltern

gewidmet.

Inhalt.

Seite

§ 1. **Einleitung** 7

Erster Abschnitt.

Begriff und rechtlicher Charakter des Retentionsrechtes.

A. Gemeines Recht.

§ 2. I. Begriff 11

§ 3. II. Rechtlicher Charakter 13

B. Handelsrecht.

§ 4. I. Begriff 16

§ 5. II. Rechtlicher Charakter 17

Zweiter Abschnitt.

Voraussetzungen des Retentionsrechtes.

A. Gemeines Recht.

§ 6. Übersicht 21

§ 7. I. Der Anspruch gegen den Retinenten 22

§ 8 II. Die Forderung des Retinenten 23

§ 9. III. Der Rechtsgrund der Retention 24

B. Handelsrecht.

§ 10. Übersicht 28

§ 11. I. Der Anspruch gegen den Retinenten 29

§ 12. II. Die Forderung des Retinenten 34

§ 13. III. Der Mangel einer der Retention widerstreitenden Disposition 37

§ 14. IV. Der Rechtsgrund der Retention 40

Dritter Abschnitt.

Wirkungen des Retentionsrechtes.

§ 15. A. Gemeines Recht 42

§ 16. B. Handelsrecht 45

C. Insbesondere im Konkurs

§ 17. I. Gemeines Recht 49

§ 18. II. Handelsrecht 50

Vierter Abschnitt.

Beendigung des Retentionsrechtes.

§ 19. A. Gemeines Recht 53

§ 20. B. Handelsrecht 54

§ 21. **Rückblick** 57

Einleitung.

§ 1.

Wer Kredit giebt, wird sich immer in irgend einer Weise zu sichern suchen, wenn er nicht volles Vertrauen in die Leistungsfähigkeit seines Schuldners setzt. Diese Sicherung kann auf zwei Wegen erfolgen: entweder dadurch, dass der Schuldner veranlasst wird, dritte Personen für seine Schuld intercedieren zu lassen, oder aber dadurch, dass der Gläubiger durch Vermögensobjekte des Schuldners sich zu decken sucht. An solchen Deckungsmitteln kennt das gemeine Recht hauptsächlich drei Rechtsinstitute: die Kompensation, das Pfandrecht und die Retention.

Von diesen dreien ist das Kompensationsrecht das denkbar stärkste Sicherungsmittel für eine Forderung. Es kommt der Erfüllung gleich. Es giebt dem Gläubiger direkte Befriedigung durch den einfachen einseitigen Akt der Aufrechnung. Denselben schliesslichen Effekt, nur in umständlicherer Weise, erreicht das Pfandrecht. Bei weitem am schwächsten wirkt dagegen das Retentionsrecht. Es besteht in der Befugnis des Gläubigers, bis zur Tilgung seiner Forderung eine Leistung, die er selbst seinem Schuldner zu erfüllen hat, zurückzuhalten. Er übt dadurch einen Druck auf den Willen des Schuldners aus, indem er diesem einen vermögensrechtlichen Schaden androht, der darin besteht, dass etwas ihm Zukommendes nicht geleistet wird, bis er selbst leistet. Die Erfüllung der dem Gläubiger zustehenden Forderung wird dadurch wahrscheinlich gemacht und somit in der That gesichert. Allein immer ist dieser Schutz für die Forderung nicht von Erfolg. Lässt der Schuldner sich durch den Vermögensnachtheil nicht beeinflussen, will er den Anspruch des Retinenten nicht befriedigen, so gewährt auch das Retentionsrecht keine Abhilfe dagegen. Der Retinent als solcher ist ganz machtlos, kann eine materielle Befriedigung sich nicht erzwingen, wenn er nicht, wie jeder gewöhnliche Gläubiger, seine Forderung einklagt und auf dem Wege der Zwangsvollstreckung sich sein Recht holt. Daher ist der ökonomische Werth des Retentions-

rechtes denn kein besonders grosser. Es ist nur Pressionsmittel, kein Befriedigungsmittel, also in seinen Wirkungen nicht im entferntesten mit einem Pfand- oder gar Kompensationsrecht zu vergleichen.

Wenn nun schon der bürgerliche Verkehr Kreditsicherungsmittel nöthig hat, so muss im Handelsverkehr, bei den grossen und unberechenbaren Schwankungen in den Vermögensverhältnissen kaufmännischer Schuldner, bei der namentlich im internationalen Verkehr oft weiten Entfernung zwischen zwei Kontrahenten, die es unmöglich macht, genaue Kenntnis von der gegenseitigen Leistungspflicht zu haben, und bei der Grösse der Wertobjekte, um die es sich hier meist handelt, das gegenseitige Vertrauen ein noch viel geringeres, das Bedürfnis nach Sicherungsmitteln ein viel grösseres sein. Das Handelsrecht hat sich daher der drei genannten Deckungsmittel des römischen Rechtes schon früh bemächtigt und seinen besonderen Zwecken entsprechend, abweichend vom bürgerlichen Rechte, weiter entwickelt. Die Kompensation hat besondere Erscheinungsformen im Kontokorrent-, im Giroverkehr und in der Skontration erhalten. Das Pfandrecht kann leichter zur Entstehung gebracht werden und hat eine wesentliche Ergänzung in den gesetzlichen Pfandrechten erhalten. Der Pfandverkauf ist erleichtert. Besonders musste es aber von Interesse sein, dem schwächsten der drei Sicherungsmittel, dem Retentionsrecht, stärkere Wirkungen beizulegen, wenn dieses überhaupt für den Handel mit Vorteil benutzt werden sollte. Auf die Weiterentwicklung des Retentionsrechtes sind nun zwei Umstände von besonderem Einfluss gewesen.[1])

Es ist kaufmännische Auffassung, eine jede Sache, die Gegenstand des Handels ist, nur nach ihrem Tauschwerth anzusehen, sie nur als Mittel zum Erwerbe zu betrachten und sie so dem Gelde gleichzustellen. Diese Abschwächung des Unterschiedes von Geld und Waare musste auch eine Abschwächung des Unterschiedes von Kompensation und Retention herbeiführen. Ungleichartige Forderungen, bei deren Gegenüberstehen bisher nur Retention eintreten konnte, erschienen dem kaufmännischen Gefühl, das beide nur in Geld

[1]) Vgl. Protokolle S. 467.

ausmass, als gleichartig und damit zur Kompensation geeignet. Im einzelnen Fall musste dann aber erst der Tauschwerth des Retentionsobjektes festgestellt werden. Dazu musste der Retinent die Befugnis erhalten, dasselbe in den allgemeinen Werthmesser, das Geld, umzuwandeln, mit anderen Worten: er musste es zu seiner Befriedigung verkaufen dürfen.

So hatte das kaufmännische Retentionsrecht pfandrechtliche Wirkungen erhalten und zwar ohne den Namen eines Pfandrechtes zu tragen. Dieser letztere Umstand war auch ein Moment, welches die Einführung dieses neuen Institutes begünstigte. Das Pfandrecht ist im Handelsverkehr ein unentbehrliches, aber unbeliebtes Rechtsinstitut. Die gerade auf diesem Gebiet herrschende grosse Rechtsverschiedenheit wirkt besonders im internationalen Verkehr störend.[1]) Ferner spricht sich im Verlangen eines Pfandes ein Misstrauen gegen den anderen Kontrahenten aus, das oftmals beleidigend wirkt, alte Geschäftsverbindungen zum Abbruch bringt und die Anknüpfung neuer hindert. Der Kaufmann meidet daher noch heute, wenn ein Pfand bestellt wird, den Ausdruck „Pfand". Kann er denselben Zweck auf einem anderen Wege erreichen, so zieht er diesen sicher vor. Und einen solchen bot das neue kaufmännische Retentionsrecht.

Diese Entwickelung eines besonderen, vom bürgerlichen Recht abweichenden, kaufmännischen Retentionsrechtes ist nicht etwa neueren Datums. Schon im 16. Jahrhundert lässt sie sich in Statuten der italienischen Handelsstädte Florenz und Genua nachweisen.[2]) Von dort fand sie Eingang in die Statuten, Wechsel- und Falliten-Ordnungen deutscher Handelsplätze, wie Frankfurt, Augsburg, Nürnberg. Dabei mag auch ein älteres Germanisches Recht nicht ohne Einwirkung gewesen sein, welches eine Verkaufsbefugnis des Retinenten zwar wohl nicht allgemein, aber zweifellos bei Handwerkern wegen Lohnforderungen kannte.[3]) Ähnliche Wirkungen hatte auch schon die deutschrechtliche Viehpfändung. (S. u. S. 20.)

Von besonderer geschichtlicher Bedeutung ist es, dass auch die österreichische Wechselordnung von 1763 das neue

[1]) Protokolle S. 454.
[2]) Vgl. Goldschmidt S. 999.
[3]) Meibom Pfandrecht S. 306 ff., Goldschmidt S. 986 [19].

Retentionsrecht aufnahm. Deren Bestimmungen hierüber sind nämlich die Grundlage für den Paragraphen 50 des revidierten österreichischen Entwurfes gewesen, welcher der Nürnberger Konferenz zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches vorlag und dessen Prinzipien auch schliesslich — natürlich nur inbezug auf das Retentionsrecht, sonst wurde ja der preussische Entwurf im allgemeinen zu Grunde gelegt — wenn auch mit mannigfachen Änderungen des Textes, zur Annahme kamen.

So haben wir in unserem deutschen Handelsgesetzbuch ein besonderes kaufmännisches Retentionsrecht, welches, wie die vorstehende kurze Geschichte seiner Entwickelung schon zeigt, sich von dem des gemeinen Rechtes nicht wenig unterscheidet. Diese Unterschiede wollen wir im Folgenden einer näheren Erörterung unterziehen. Sie betreffen sowohl die Voraussetzungen, unter denen ein Retentionsrecht stattfindet, als auch seine Wirkungen, wie auch seine Endigungsgründe, wonach sich für unsere Betrachtung von selbst drei Abschnitte ergeben. Als Grundlage für dieselben wollen wir aber zunächst in einem ersten Abschnitt den Begriff — namentlich der des gemeinrechtlichen Retentionsrechtes ist streitig — und die rechtliche Natur beider Retentionsrechte klarzustellen versuchen, damit wir genau wissen, was wir von einander unterscheiden wollen. In jedem der vier Abschnitte, in welche demnach die vorliegende Erörterung zerfällt, werden wir jedesmal die Betrachtung des gemeinen Rechtes im Zusammenhang voranstellen und diesem dann das Handelsrecht gegenüberstellen, in der Meinung, dass so die Übersicht über das Ganze besser gewahrt wird, als wenn wir bei jeder Einzelheit, die in beiden Rechten verschieden ist, eine Gegenüberstellung vornehmen würden.

Erster Abschnitt.

Begriff und rechtlicher Charakter des Retentionsrechtes.

A. Gemeines Recht.

§ 2.

I. Begriff.

Das Retentionsrecht hat in den Quellen des römischen Rechtes eine zusammenhängende Darstellung nicht gefunden. Abgesehen davon, dass es im Corpus juris keinen eigenen Titel hat, sieht man auch nirgends eine Definition des Rechtes, nirgends werden seine allgemeinen Voraussetzungen oder Wirkungen theoretisch dargelegt. Man vermisst sogar einen eigenen technischen Namen für das Rechtsinstitut. Ein Ausdruck, wie etwa jus retentionis, kommt niemals vor.[1])

Was uns die Quellen bieten, ist nur eine allerdings nicht unerhebliche Anzahl von Stellen[2]), welche die praktische Anwendung unseres Rechtes zeigen, seltener dadurch, dass sie den direkten Inhalt desselben aussprechen, sondern meist, indem sie seine processuale Geltendmachung in Form einer exceptio doli (generalis) zur Darstellung bringen, durch die der Kläger abgewiesen wird, welcher gegen die begründete Erwartung und das Interesse des Beklagten sein eigenes Recht einseitig verfolgt, das des Beklagten aber ignoriert, dadurch also gegen Treu und Glauben verstösst.[3])[4])

Der gemeinrechtlichen Wissenschaft ist es demnach überlassen gewesen, aus diesem Material den Begriff des Retentionsrechtes abzuleiten. Sie versteht heute darunter „die Befugnis, eine Leistung, zu welcher man an und für sich ver-

[1]) Vergl. Langfeld S. 1 ff.

[2]) Z. B. l. 26 § 4 de cond. indeb. 12,6. ager retinebitur, donec debita pecunia solvatur oder l. 8 § 1 de pig. act. 13,7. mancipia potest retinere, donec ei cavatur.

[3]) Über das Geschichtliche vergl. Pernice, Labeo. II. S. 121 ff.

[4]) Vergl. die zahlreichen bei Goldschmidt, H. Bch. S. 965 n. 9 citierten Quellenstellen.

pflichtet ist, zurückzuhalten, bis der Fordernde seinerseits einem Anspruch, welchen man gegen ihn erhebt, Genüge leistet.“[1])

Bei näherer Betrachtung dieser Definition erkennt man, dass das, was technisch Retentionsrecht heisst, von anderen Rechten, wo auch ein Zurückbehalten stattfindet, scharf zu unterscheiden ist.[2])

1. Man spricht dort nicht von Retentionsrecht in diesem Sinn, wo der angeblich Retentionsberechtigte dauernd etwas zurückbehält, nicht blos zeitweilig, „bis“ der Fordernde einem Anspruch genügt. Deshalb gehören die sogenannten retentiones ex dote des Ehemanns oder die retentiones ex lege Falcidia des Erben nicht hierher.

2. Der Retinent darf nicht noch andere Rechte haben, welche ihm gestatten, eine dem Gegner an sich gebührende Sache in seiner Detention zu behalten. Er muss die Leistung nur deshalb zurückhalten dürfen, weil der sie Fordernde einem Anspruch, den er selbst schuldig ist, nicht erfüllt. Ausgeschlossen ist hier deshalb das Recht des Pfandgläubigers, Niessbrauchers, Kommodatars u. s. w., die in ihrer Detention befindlichen Sachen für die Dauer ihres Rechtes dem vindicierenden Eigenthümer vorenthalten zu können, da sie diese Befugnis nicht als besonderes Recht haben, sondern vielmehr nur als Äusserung des weitergehenden Pfandrechtes, Niessbrauchs u. s. w. Hierbei wollen wir auch — allerdings im Widerspruch mit der herrschenden Meinung — das Recht des Vermiethers, die eingebrachten Sachen des Miethers zurückzubehalten, ausschliessen, da auch diese Befugnis nur eine Art Realisierung des dem Vermiether zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes ist[3]). Das Retentionsrecht im technischen Sinn muss dagegen lediglich in der Zurückbehaltungsbefugnis bestehen, darauf beschränkt sein.

3. Der Retinent muss zur retinierten Leistung an und für sich verpflichtet sein. Deshalb gehören die Fälle nicht hierher, wo jemand einen Anspruch zurückweist, weil dessen Existenz davon abhängig ist, dass der ihn Fordernde vorher

[1]) So Windscheid, Pand. § 351.
[2]) Vergl. Langfeld, S. 18 ff.
[3]) Vergl. Bähr, Krit. V. Schr., Bd. 28 S. 414.

selbst eine Leistung erfülle. Hat z. B. jemand einem anderen etwas unter der Bedingung versprochen, dass dieser ihm etwas leiste, so ist vor Erfüllung der Bedingung ein Anspruch auf Erfüllung des Versprechens noch gar nicht vorhanden. Weigert sich deshalb der vor Erfüllung der Bedingung beklagte Promittent zu leisten, so macht er kein Retentionsrecht im technischen Sinn geltend. — Scharf von derartigen Fällen ist die Anwendung einer exceptio non adimpleti contractus zu unterscheiden. Hierbei steht es ganz anders. Hier ist der Anspruch, dessen Erfüllung verweigert wird, schon vollkommen entstanden, und deshalb wird hier auch ein eigentliches Retentionsrecht geltend gemacht, wie heute — im Gegensatz zur älteren Litteratur — fast allgemein anerkannt wird[1])[2]).

4. Der Retinent im technischen Sinn kann nur solange zurückweisen, bis sein Gegner einem Anspruch Genüge leistet, wir sagten nicht Genüge geleistet hat. Deshalb sind hier auch die Fälle auszuscheiden, wo zwar beide Ansprüche schon bestehen, aber der Retentionsgegner mit seiner Leistung vorauf gehen muss. Wird z. B. der Gläubiger einer verbürgten Schuld von dem Bürgen mit der exceptio excussionis zurückgewiesen, weil er nicht zuvor den Hauptschuldner eingeklagt hat, oder kann ein Spoliierter nach der bekannten Bestimmung des kanonischen Rechtes jeden Anspruch des Spolianten zurückweisen, bis ihm der entzogene Besitz wieder verschafft ist, so liegt hier kein Retentionsrecht in unserem Sinn vor[3]).

Also: Der Begriff „Retentionsrecht" umfasst nicht alle Fälle eines Zurückbehaltens, sondern ist lediglich auf die Befugnis, eine an sich begründete Leistung zeitweilig, und zwar bis zur gleichzeitigen Erfüllung einer Gegenleistung, zurückzuhalten, beschränkt.

§ 3.

II. Rechtlicher Charakter.

Der rechtliche Charakter dieses Retentionsrechtes, dessen Begriff wir soeben festgestellt haben, ist ein überaus bestrit-

[1]) Anders Bähr, a. a. O. S. 411.

[2]) *Indess folgt der Entwurf der älteren Doktrin. Er fasst diese Fälle als ein Retentionsrecht im weiteren Sinne auf. Vergl § 364, Motive 2, S. 42, S. 202 n. 1. — Für das geltende gemeine Recht schon ebenso nur Eccius in von Holzendorff's Rechtslexikon, Art. Retentionsrecht.*

[3]) Anders Bähr, a. a. O. S. 411.

tener. Der geringe Anhalt, den die Quellen bieten, und besonders der Umstand, dass es in ihnen meist unter einer exceptio doli versteckt ist, welche die Erscheinungsform für so viele Rechte der verschiedensten Art ist, macht es in der That nicht leicht, seine Individualität festzustellen.

Früher fasste man es oft als eine Art Selbsthilfe auf[1]). Allein der Retinent braucht keine Eigenmacht, sondern rechtlich statthafte Vorenthaltung, die ebensowenig Selbsthilfe genannt werden kann, wie z. B. die Zurückweisung des vindicierenden Eigenthümers durch den Usufruktuar.

Ebenso überwunden ist heute die Ansicht, unser Recht sei ein Ausfluss des Besitzes[2]), was schon deshalb unmöglich ist, weil Besitz gar kein Erfordernis des gemeinen Retentionsrechtes ist (S. u. S. 23).

Es ist auch keine Abart des Kompensationsrechtes. Retention und Kompensation beruhen zwar auf demselben Grundgedanken, dass es unbillig ist, denjenigen zu einer Leistung zu zwingen, welchem seinerseits gegen den Fordernden ein vermögensrechtlicher Anspruch zusteht. Allein die juristische Konstruktion beider Rechte ist ganz verschieden. Die Retention führt zur zeitweiligen Hemmung des Gegenanspruches, die Kompensation hebt ihn ganz auf.

Mit einem Sicherungsarrest hat das Retentionsrecht auch nichts zu thun, da dieser nur wegen gefährdeter Ansprüche statthaft ist, vom Richter verhängt werden muss und nach C. P. O. § 810 ein Pfändungspfandrecht gewährt.

Ganz scharf unterscheidet es sich nun erst vom Pfandrecht[3]), wenn es in den Quellen auch zuweilen damit verglichen, quasipignus genannt wird, und wenn auch das römische Faustpfand aus einem geschützten Retentionsrecht entstanden ist[4]). Das Pfandrecht ist immer dinglich, gewährt eine Klage und befugt zur Veräusserung, was alles beim Retentionsrecht ausgeschlossen ist. Das Retentionsrecht kann auch eintreten, wo ein Pfandrecht unmöglich ist, z. B. an

[1]) So Glück Pand. S. 115. Mühlenbruch, Lehrbuch § 35.
[2]) So die bei Schenk, S. 38.[2] Citierten.
[3]) Über die Unterschiede des Retentionsrechtes vom Pfandrecht vergl. Wolff, S. 259. Den dort unter N. 1 genannten Unterschied vermögen wir aber nicht anzuerkennen (s. unten S. 23 o.).
[4]) Dernburg Pand. § 263.

Sachen, die im Eigenthum des Gläubigers stehen, auch ein Zeichen, dass beide, wenn auch geschichtlich verwandt, in ihrer heutigen Gestalt doch ganz verschiedene Rechte sind.

In keine der bekannten Klassen von Vermögensrechten lässt sich das Retentionsrecht also einreihen. Da war es, wie Dernburg sich ausdrückt[1]), ein Akt wissenschaftlicher Verzweiflung, wenn man es schliesslich dadurch zu charakterisieren suchte, dass man sagte, es sei überhaupt kein selbständiger Rechtsbegriff, sondern nur eine Anwendung der exceptio doli, welche sich von anderen Anwendungen derselben nur faktisch und zufällig unterscheide[2]). Allein, wenn man die Form, in der ein Recht geltend gemacht wird oder vielmehr in Rom geltend gemacht wurde, über seine Natur entscheiden lassen wollte, so müsste man vielen Rechtsinstituten ihre Selbständigkeit versagen. Der äusseren Form muss vernünftiger Weise auch ein Recht entsprechen.

Man muss vielmehr richtiger Ansicht nach sagen: Das Retentionsrecht ist ein selbständiges Recht. Der Wille des Retinenten hat die Befugnis, die Rechtssphäre, den Willen eines anderen zu durchbrechen, ihn in der Geltendmachung eines an sich berechtigten Anspruches zu hindern. Da es sich nun mit keinem anderen bekannten Rechte identificieren lässt, sich vielmehr so wesentlich von allen unterscheidet, dass es auch nicht als Unterart eines anderen aufgefasst werden könnte, so bleibt nichts anderes übrig, als mit Goldschmidt[3]) anzuerkennen, dass es ein eigenthümliches, von allen anderen Rechten verschiedenes Recht ist, allerdings nur negativen Inhalts. Es besteht in der Befugnis, einen gegnerischen Anspruch zurückzuweisen. Es kann also den Willen eines anderen nicht dazu veranlassen, dass er etwas Positives thut, noch berechtigt es den Retinenten selbst, seinen eigenen Willen auf etwas Positives hin geltend zu machen, sondern es gestattet nur dem Retinenten, etwas nicht zu thun, und verpflichtet den anderen, dieses Nichtthun zu dulden. Somit gehört es zu den von Bekker[4]) sogenannten negativen

[1]) Kompensation, S. 366.
[2]) So v. Savigny, Besitz § 3; Puchta, Vorlesungen, S. 222. Auch Wolff, S. 257 theilt diese Ansicht noch.
[3]) Handbuch des Handelsr., S. 967.
[4]) Sistem des heutig. Pandektenr., S. 89.

Rechten. Sein wirthschaftlicher Zweck ist: auf den Gegner einen Druck auszuüben und ihn dadurch zur Tilgung einer Schuld zu veranlassen.

Das gemeinrechtliche Retentionsrecht ist insofern accessorischer Natur, als es ohne eine Forderung, zu deren Sicherung es dient, weder entstehen noch fortbestehen kann. Es kann auch mit der Cession der Forderung auf den Cessionar übergehn, sofern dieser auch die Leistungspflicht des Retinenten übernimmt. Allein es ist nicht eine derartige accessorische Eigenschaft der Forderung wie z. B. ein Pfandrecht. Es geht nämlich weder mit der Forderung ohne Weiteres das Retentionsrecht über, noch darf der Cessionar dessen Einräumung ohne dahin gerichtete Übereinkunft von dem Cedenten verlangen.

Das Retentionsrecht ist kein dingliches, sondern ein persönliches Recht. Es wirkt nicht gegen jeden Dritten, sondern nur gegen den Schuldner und dessen Singular- oder Universalsuccessoren, welche aus dem Rechte ihres Auktors klagen. Dass es überall da, wo der Anspruch des Retinenten darauf beruht, dass aus seinem Vermögen etwas auf das Retentionsobjekt verwendet ist oder sonst in ihm steckt, gegen jeden durchgreift, ist selbstverständlich, da erst durch die Klage die Person des zum Ersatz Verbundenen bestimmt wird, und ist deshalb kaum als eine Ausnahme zu betrachten.

Dass das Retentionsrecht subsidiärer Natur sei, nur dort stattfinde, wo keine Klage gegeben sei, wird heute niemand wohl mehr behaupten.[1]) Dass es, prinzipiell wenigstens, ein untheilbares Recht ist, werden wir unten noch näher erörtert finden (s. S. 45 ff.).

B. Handelsrecht.

§ 4.

I. Begriff.

Den Begriff des gemeinen Retentionsrechtes mussten wir oben einer näheren Erörterung unterziehen, da er aus Mangel an genaueren gesetzlichen Bestimmungen schwankend ist. Beim kaufmännischen ist es anders. Man versteht darunter

[1]) Vergl. Schenk, S. 73 [6].

das im H.G.B. Art. 313 - 316 fest bestimmte Retentionsrecht. Eine Definition giebt der Gesetzgeber freilich nicht. Er begnügt sich damit — was für ein Gesetzbuch ja auch das Praktischste ist — Voraussetzung, Inhalt und Geltendmachung des Rechtes aufzustellen. Er thut dies aber in so klaren Sätzen, dass über die Individualität des Rechtes kein Zweifel herrschen kann.

Nur das in den bezeichneten Artikeln behandelte Retentionsrecht heisst das kaufmännische. Das H.G.B. spricht auch an anderen Stellen, namentlich im fünften Buch, von einem Zurückbehaltungsrecht. So hat nach Art. 616 der Verfrachter ein Zurückbehaltungsrecht an der Ladung wegen der Beiträge zur grossen Haverei, Bergungs- und Hilfskosten, sowie einer die Ladung mit umfassenden Bodmerei. Ähnliches findet sich in den Art. 732, 733 u. 753—755. Diese Retentionsrechte sind nicht nach den Regeln von Art. 313 ff. zu behandeln, falls nicht etwa die Voraussetzungen dieser Paragraphen auch hier zutreffen sollten. Es sind vielmehr regelmässig nur besonders im H.G.B. hervorgehobene Anwendungsfälle des bürgerlichen Retentionsrechtes, das neben dem kaufmännischen, falls dessen Erfordernisse nicht vorliegen, natürlich auch in Handelssachen volle Geltung hat.

§ 5.

II. Rechtlicher Charakter.

Schwieriger als die Begriffsbestimmung ist die Bestimmung des juristischen Charakters des kaufmännischen Retentionsrechtes.

Art. 313 fügt der Bezeichnung „Zurückbehaltungsrecht" den Namen des gemeinrechtlichen Institutes „Retentionsrecht" bei. Dass es bei der Beurtheilung der rechtlichen Natur eines Rechtes auf den Namen, den das Gesetz ihm beilegt, nicht ankommt, wenn sein Inhalt mit demselben nicht übereinstimmt, ist wohl offensichtlich. Das kaufmännische Retentionsrecht fällt aber keinenfalls unter den Begriff des gemeinrechtlichen, wie wir ihn oben aufgestellt haben. Dass für das Retentionsobjekt, für die Person des Retinenten und seines Gegners, für die Forderung des Retinenten u. s. w. andere Erfordernisse als im gemeinen Rechte aufgestellt werden, könnte noch keinen

Unterschied in der Natur beider Rechtsinstitute begründen. Allein mit dem Begriff des gemeinrechtlichen Retentionsrechtes lässt es sich nicht vereinen, einmal, dass hier nicht blos zeitlich, sondern dauernd ein Anspruch gehemmt wird, und ferner, dass das Recht hier nicht auf ein Zurückbehalten beschränkt ist, nicht lediglich diese Befugnis enthält, sondern das sich ausschliessende Verkaufsrecht schon eine Zurückhaltung in sich schliesst, zwei Umstände, welche wir oben (S. o. S. 12) ausdrücklich als dem Wesen des gemeinen Retentionsrechtes widersprechend bezeichnet haben. Der Zweck des kaufmännischen Retentionsrechtes ist eben nicht der, dass es, wie das gemeinrechtliche, als Pressionsmittel wirken soll, sondern es sichert eine Forderung dadurch, dass es eventuelle Befriedigung gewährt.

Also ein Retentionsrecht im technischen Sinn ist das kaufmännische Retentionsrecht nicht. Als was soll man es denn nun seinem rechtlichen Charakter nach auffassen?

Am meisten möchte man geneigt sein, es als ein Pfandrecht zu bezeichnen. Dafür würde einmal die Geschichte der Art. 313 ff. sprechen, da bei der Berathung es zunächst als gesetzliches Pfandrecht formuliert war, wovon man später nur deshalb abging, weil man die Rechtsungleichheit vermeiden wollte, die dann infolge der verschiedenen Behandlung des Pfandrechts in den einzelnen Territorien entstanden sein würde. In dritter Lesung wählte man deshalb den Namen Retentionsrecht. Ausserdem spricht aber besonders für den Charakter als Pfandrecht, dass der wirthschaftliche Erfolg bei beiden Rechten derselbe ist. Der kaufmännische Retinent erhält wie ein Pfandgläubiger Befriedigung durch den Verkauf von Vermögensobjekten des Schuldners[1]). Allein das Pfandrecht ist ein dingliches Recht. Daran muss man doch unbedingt festhalten, wenn das auch heute von verschiedener Seite[2]) angezweifelt wird und wenn auch neuere Gesetzgebungen, dem germanischen Grundsatz „Hand wahre Hand" folgend, den dinglichen Charakter nicht streng durchgeführt haben. Das kaufmännische Retentionsrecht ist dagegen kein

[1]) Deshalb nennt Reinhold S. 67 ff. es direkt ein Pfandrecht, allein mit Unrecht

[2]) Vergl. die bei Dernburg, Pand. § 262 2 u. 3 Citierten.

dingliches, nur ein persönliches Recht[1]). Es wirkt nur gegen den Schuldner, nicht auch gegen jeden Dritten. Deshalb ist es vom theoretisch-juristischen Standpunkt aus unmöglich, beide Rechte zu identificieren, mögen ihre Wirkungen sich auch noch so sehr ähnlich sein.

Zum Pfandrecht wird das kaufmännische Retentionsrecht auch nicht etwa durch die Anzeige der Ausübung oder die richterliche Verkaufsbewilligung, da diese nicht das Recht der Befriedigung schaffen, sondern nur Modalitäten der Geltendmachung eines bereits bestehenden Rechtes sind. Nennt man es qualificiertes Retentionsrecht[2]) oder modificiertes Pfandrecht[3]), so giebt man über seine juristische Natur keinen weiteren Aufschluss, als dass man sagt, es sei einem Retentionsrecht bezw. einem Pfandrecht wohl ähnlich, weiche aber in gewissen Beziehungen davon ab. Wie weit diese Abweichungen nun aber gehen, ist aus der Bezeichnung selbst nicht ersichtlich, und wir haben oben gesehen, dass sie so wesentlich sind, dass unser Rechtsinstitut mit dem Charakter eines Retentions- bezw. Pfandrechts nicht vereinbart werden kann.

Wir müssen vielmehr ebenso wie vom gemeinen so auch vom kaufmännischen Retentionsrecht sagen[4]), dass es ein eigenthümliches Rechtsinstitut ist, welches durch das Handelsgesetzbuch neu in unser Rechtssistem eingefügt ist. Es hat sehr viel Ähnlichkeiten mit anderen Rechtsinstituten. Entstanden ist es aus dem römisch-rechtlichen Retentionsrecht in Verbindung mit dem Kompensationsrecht, wie wir in der Einleitung schon darlegten. Seinem ökonomischen Charakter nach steht es dem Pfandrecht am nächsten. Es ist auch mit Elementen aus dem Arrestrecht versetzt, insofern als es bei kundgewordenem Vermögensverfall des Schuldners stärker wird.

Am nächsten steht es wohl seiner juristischen Natur nach der deutschrechtlichen Viehpfändung, der Schüttung. Beide Rechte haben dieselbe Entwickelung durchgemacht. Auch

[1]) So die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller, Goldschmidt, v. Hahn, Endemann, R. G. Bd. 8, S. 81. Dagegen Staub, S. 709.
[2]) So Laband in Goldschmidts Zeitschr., Bd. IX, S. 484.
[3]) So Wolff in Busch's Archiv, S. 256, der übrigens ganz entrüstet ist, dass man ein solches Zwitterding, das weder eigentliches Pfand- noch Retentionsrecht ist, geschaffen hat.
[4]) So Goldschmidt, S. 1031, Endemann, S. 99, Korn, S. 24.

die Viehpfändung ist ursprünglich, zur Zeit der Volksrechte, nur ein Retentionsrecht gewesen, suchte nur durch Pression auf den Eigenthümer zu wirken, wobei sie allerdings zugleich als Beweiszeichen diente, was aber mehr prozessualer Natur und für uns hier gleichgiltig ist. Erst im jüngeren Recht kam die Verkaufsbefugnis hinzu, ohne dass jedoch das Rechtsinstitut zu einem eigentlichen Pfandrecht wurde. Also auch dies ganz wie bei unserem Retentionsrecht. Indessen blieb die Schüttung doch auch späterhin noch immer, neben ihrer Eigenschaft als Befriedigungsmittel, ein Nöthigungsmittel, was man vom kaufmännischen Retentionsrecht nicht sagen kann. (S. unten S. 45 f.)

Man fragt sich unwillkürlich, ob diese beiden Rechtsinstitute, die sich einander ihrer Entwickelung und ihrer Natur nach so auffallend gleichen, denn unabhängig von einander entstanden sind. Unmöglich ist es nicht, dass die Schüttung als das ältere schon bestehende Recht das Aufkommen des ähnlichen kaufmännischen Retentionsrechtes begünstigt hat. Hiermit würde auch übereinstimmen, dass die ersten Spuren dieses Rechtes sich gerade in Oberitalien finden, wo ja aus der Longobardenzeit her sich noch vielfach deutschrechtliche Erinnerungen nachweisen lassen. Jedenfalls sind wir aber der Ansicht, dass unser Retentionsrecht in der in der Einleitung dargelegten Weise aus der römischrechtlichen Retention in Verbindung mit der Kompensation entstanden ist[1]), dass es also auf römischer, nicht auf germanischer Grundlage ruht, dass vielmehr der etwaige Einfluss der Schüttung nur in einer Erleichterung der Aufnahme des schon entstandenen Rechtes bestand. Dass das aus Italien kommende neue Rechtsinstitut dann in Deutschland so schnelle Verbreitung fand, ist wohl zweifellos Folge des Bestehens des älteren deutschen Rechtsinstitutes gewesen.

Dass das kaufmännische Retentionsrecht ebenso wie das gemeinrechtliche kein dingliches Recht ist, ist oben (S. 19) schon erwähnt worden. — Es ist insofern ein subsidiäres

[1]) Dies ist jedenfalls auch die Ansicht der Nürnberger Konferenz gewesen (s. Protokolle S. 467). Diese war sich gar nicht bewusst, dass sie ein der Schüttung so ähnliches Rechtsinstitut geschaffen hat. In der Litteratur wird diese Ähnlichkeit auch vollständig übersehen. Vergl. nur Brunner, Deutsche Rechtsgesch., Bd. II S. 534, Anmerk.

Recht, als es ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger durch Pfandbestellung oder in anderer Weise in demselben Masse gesichert ist, wie er es durch Ausübung des Retentionsrechtes werden könnte (siehe u. S. 56 f.).

Accessorischen Charakters ist es schliesslich, in derselben Weise wie das gemeine Recht, nur insoweit, als es ohne Forderung nicht entstehen kann noch fortbestehen kann. Im gemeinen Rechte ist es aber, wie wir sahen, möglich, dass mit Übertragung der Forderung des Retinenten und der gleichzeitigen Übernahme seiner Leistungspflicht gegenüber dem Retentionsgegner auch das Retentionsrecht übergehen kann. Im Handelsrecht ist dies aus unten noch näher zu erörternden Gründen ausgeschlossen (s. S. 34 f.). Das kaufmännische Recht ist niemals cessibel.

Zweiter Abschnitt.

Voraussetzungen des Retentionsrechtes.

A. Gemeines Recht.

§ 6.

Übersicht.

Wir erwähnten schon oben, dass die Quellen für das gemeine Retentionsrecht nirgends in allgemeiner Weise seine Voraussetzungen bestimmt haben, diese vielmehr aus den praktischen Anwendungsfällen abzuleiten sind. Aus den betreffenden Stellen ist nun ersichtlich, dass für die Entstehung des Rechtes zunächst immer zwei sich gegenüberstehende Ansprüche vorhanden sein müssen: ein Anspruch, welchen Jemand gegen den Retinenten erhebt, den dieser aber nicht erfüllt, dessen Erfüllung er vielmehr gerade retiniert, ferner eine

Forderung des Retinenten gegen diesen Andern, deren Nichterfüllung den Anlass zur Retention für ihn giebt. Endlich lässt sich auch mit Sicherheit entnehmen, dass nicht immer beim Gegenüberstehen zweier Ansprüche Retention stattfinden konnte, vielmehr immer noch ein Grund vorliegen musste, welcher den Prätor bewog, im besonderen Fall der Billigkeit nachzugeben und dem Retinenten ein Zurückbehaltungsrecht in Gestalt einer exceptio oder sonst in irgend einer Weise zu gewähren.

Demnach haben wir jetzt als Voraussetzungen des Retentionsrechtes nach gemeinem Rechte folgende drei Punkte zu betrachten:

I. den Anspruch gegen den Retinenten,
II. die Forderung des Retinenten,
III. den Retentionsgrund.

§ 7.

I. Der Anspruch gegen den Retinenten.

Der Retinent muss etwas haben, worauf seinem Gegner ein dinglicher oder persönlicher Anspruch zusteht. Dieser Anspruch muss fällig und klagbar sein. Nicht erforderlich ist dagegen, dass er auch schon prozessualisch geltend gemacht wurde. Sein Inhalt ist in weitaus den meisten Fällen die Herausgabe einer körperlichen Sache, die der Retinent innehat. Die Forderung kann aber auch andere Leistungen zum Gegenstande haben, z. B. Sicherheitsleistungen, Cessionen. Kurz, es können Forderungen jeder Art sein[1]). Einen Verkaufswerth braucht das Retentionsobjekt nicht zu haben. Es ist nur nöthig, dass der Retentionsgegner ein rechtliches Interesse an seiner Leistung hat, durch die Nichtleistung unangenehm betroffen wird. Daher sind z. B. Legitimationspapiere, Dienstzeugnisse u. s. w. recht geeignete Objekte für ein gemeinrechtliches Retentionsrecht. Dass Sachen, welche der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, doch retiniert werden können, unterliegt heute keinem Zweifel mehr[2]).

Bei der Retention von körperlichen Sachen kommt es auf die rechtliche Beschaffenheit des Innehabens nicht an.

[1]) *So auch Entwurf § 233. Motive 2. S. 42.*
[2]) Früher bestritten. s. Schenk S. 110.

Man kann Sachen retinieren, an welchen man Eigenthum hat oder juristischen Besitz oder nur Detention. Selbst Detention ist nicht immer erforderlich[1]). So kann der Verkäufer dem Käufer gegenüber eine Sache retinieren, welche er selbst von seinem Auktor noch nicht erhalten hat. Es kommt nur darauf an, dass der Gegner nur mit dem Willen des Retinenten die Sache zu erlangen vermag. Keinesfalls ist immer juristischer Besitz erforderlich[2]). Unhaltbar ist es auch, wenn man früher verlangte[3]), dass der Besitz rechtmässig oder fehlerfrei oder bona fide ausgeübt werde. Allgemein lässt sich das wenigstens nicht behaupten. So ist es doch unbestreitbar, dass der unredliche Besitzer, wenn er nur nicht Dieb ist, gegenüber der Vindikation ein Retentionsrecht wegen nothwendiger Verwendungen hat, gegenüber der hereditatis petitio sogar wegen nützlicher[4]).

§ 8.

II. Die Forderung des Retinenten.

Der Retinent hält mit seiner Leistung zurück, weil er einen Anspruch gegen seinen Gegner hat, welchen dieser nicht befriedigt. Dieser Anspruch ist immer eine Forderung. Für den Anspruch auf Verwendungen wird dies zwar geleugnet[5]). Klagbar ist dieser Anspruch freilich nicht; allein es ist nicht ersichtlich, weshalb hier nicht eine klaglose, eine Naturalobligation sollte vorliegen können.

Was der Inhalt der Forderung ist, ferner ob der Retinent sie direkt oder erst durch Cession erworben hat, ist gleichgiltig. Klagbar braucht sie auch nicht zu sein. Erforderlich ist nur immer, dass sie unbetagt und unbedingt fällig ist. Dies gilt auch für den Fall, dass der Gegner in Vermögensverfall oder in Konkurs geraten wäre. Das Retentionsrecht beruht ja auf dem Gedanken, dass es un-

[1]) wie Wolff S. 258 behauptet.
[2]) Nur vereinzelt noch von Luden, Retentionsr. S. 50 ff. behauptet.
[3]) So Schenk S. 87 ff. und die andern bei Goldschmidt S. 971 [11] Genannten.
[4]) *Der Entwurf § 235 versagt das Retentionsrecht nur dann, wenn der Schuldner den Besitz durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat. Motive 2 S. 44.*
[5]) Dernburg, Pfandrecht I. S. 102, Grosskopf, Retentionsrecht S. 25 ff., S. 75 ff.

billig ist, wenn der Gegner etwas fordert, ohne einer ihm obliegenden Pflicht nachzukommen. Diese Pflicht hat er aber noch gar nicht, so lange die Schuld nicht fällig ist.

Liquidität der Forderung kann in so weit in Betracht kommen, als die angewandte Prozessart, z. B. der heutige Urkundenprozess, Liquidität der Einreden verlangt. Keinesfalls darf man Gleichartigkeit dieser Forderung mit der des Retentionsgegners verlangen, da ja dann meist die Voraussetzungen der Kompensation vorliegen würden, welche der Retinent vorziehen würde und müsste.

§ 9.

III. Rechtsgrund der Retention.

Eine dritte wesentliche Voraussetzung für das gemeinrechtliche Retentionsrecht ist ein Rechtsgrund, welcher den Retinenten berechtigt, im Einzelfalle die ihm obliegende Leistung bis zur Befriedigung seiner Gegenforderung zurückzuhalten. Denn dass allgemein beim Gegenüberstehen zweier ungleichartiger Forderungen Retention, wie bei gleichartigen Kompensation eintreten könne[1]), wird heute wohl niemand mehr behaupten. Es steht auch im direkten Widerspruch mit den Quellen[2]).

Wenn man die Stellen, in welchen unser Recht praktisch zur Anwendung kommt, sammelt und die gleichartigen einzelnen Gruppen unterordnet, sieht man, dass vielmehr nur in folgenden Fällen in Rom eine Retentionsbefugnis anerkannt wurde[3]):

1. Wer eine Sache herausgeben soll, kann dies verweigern bis zum Ersatz von Verwendungen auf die Sache[4]) oder von Schaden, den die Sache verursacht hat[5]).

[1]) Vergl. Schenk, S. 133 [2].

[2]) l. 4 C. de commodato 4, 23.
Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. cf. Langfeld p. 94.

[3]) Vergl. Langfeld S. 28 ff., S. 109.

[4]) l. 14 D. de doli mali exdeptione 44. 4.
Paulus respondit eum, qui in alieno solo aedificium exstruxerit, non alias sumptus consequi posse quam si possideat et ab eo dominus soli rem vindicat scilicet opposita doli mali exceptione. Ferner l. 4 § 9 eod., l. 11 C. de R.V. 3, 32 u. s. w.

[5]) l. 8 D. de incendio 47, 9.
Ratis vi fluminis in agrum delatae non aliter potestatem tibi faciendam quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses. Ferner l. 9 § 1 de de damno inf. 39, 2, l. 7 § 2 eod. u. s. w.

2. Wer aus einem zweiseitigen Vertrage zu einer Leistung verpflichtet ist, kann diese bis zur Gegenleistung verweigern[1]).

3. Wer aus einem ungiltigen bezw. unwirksamen Rechtsgeschäft zur Rückleistung aufgefordert wird, kann diese verweigern, bis der Gegner auch dazu bereit ist[2]).

4. Knüpft sich an eine Leistung eine Gefahr für den sie Leistenden, so kann er sie verweigern, bis er dagegen sicher gestellt ist[3]).

5. Der Pfandgläubiger kann eine ihm verpfändete Sache auch nach Tilgung der durch das Pfand gesicherten Forderung zurückhalten[4]) wegen aller ihm sonst noch gegen den Pfandgläubiger zustehenden Forderungen.

Aus diesen Gruppen von Anwendungsfällen hat die Wissenschaft nun ein allgemeines Prinzip abzuleiten gesucht, welches es rechtfertige, dass die Billigkeit gerade hier ein Zurückbehaltungsrecht gewährt. Dies Prinzip glaubte man in dem eigenthümlichen Verhältnis der gegenüberstehenden Ansprüche zu einander gefunden zu haben, das man deshalb Konnexität nannte. Beim Gegenüberstehen von konnexen Forderungen, sagte man, könne retiniert werden. Wenn man nun aber fragt, worin dies eigenthümliche Verhältnis, die Konnexität, besteht, woran man ihr Vorhandensein erkennt, so erhält man, wenn man überhaupt eine Antwort erhält, sicher keine befriedigende. Wenn Schenk sagt[5]), sie sei ein Verwandtschafts- oder Beziehungsverhältnis der Forderung zur res retinenda, so ist das doch wohl zu allgemein, um praktischen

[1]) Vergl. die zahlreichen Quellenstellen, welche die exceptio non adimpleti contractus zum Ausdruck bringen. Über die Stellung der Litteratur zu diesem Fall eines Retentionsrechtes vergl. oben S. 13. *Dort — Note 2 — gaben wir auch an, dass der Entwurf hierin nur ein Retentionsrecht im weiteren Sinne erblickt.*

[2]) l. 29 § 3 de adilicio edicto 21, 1.
. . . ne alias compellatur (sc. emptor) hominem restituere quam si eum indemnem praestet. Ferner l. 23 § 8 eod. u. s. w.

[3]) l. 13 pr. D. de usufructu 7, 1.
. . . Si ususfructus legatus sit non prius dandam actionem usufructuario quam si satisdederit se boni viri arbitratu usurum. Ferner l. 7 pr. D. de dote praeleg. 33, 4.

[4]) l. un. C. etiam ob chirograph. pec. p t. 8. 27.
. . . ac si in possessione fueris constitutus, nisi ex quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter doli mali exceptionem non cogeris.

[5]) A. a. O. S. 133.

Werth haben zu können. Genauer will Goldschmidt sein[1]), der Konnexität definiert als „Angehörigkeit zu einem Komplex von Rechtsverhältnissen, welche nach der Natur der Sache oder nach dem Willen der Betheiligten eine (natürliche — gewollte) Einheit bilden.“ Was „natürliche“ Einheit aber ist, erfahren wir aus dieser Definition nicht. Goldschmidt selbst sieht sich daher auch veranlasst — allerdings wohl mehr zufällig[2]) — diesen Begriff noch näher zu erklären und zwar als „die auf dem inneren Zusammenhang von Anspruch und Gegenanspruch nach Entstehung oder Objekt beruhende Einheit“, womit man sich allenfalls zufrieden geben könnte, wenn man auch wiederum fragen möchte, was denn „innerer Zusammenhang“ ist. Keinenfalls kann man sich aber mit der „gewollten“ Einheit einverstanden erklären, wenn Goldschmidt diese nicht blos im Fall eines ausdrücklichen Parteiwillens annimmt, sondern auch da, wo ein gegen dieselbe gerichteter Parteiwille gegen Treu und Glauben verstossen würde. Wenn also schliesslich die bona fides entscheidet, ob Konnexität vorliegt oder nicht, so wird doch der thatsächlichen Beurtheilung zu sehr Raum gelassen, als dass eine abstrackte Definition hier aufgestellt werden dürfte. Wenn nun Goldschmidt sogar das Retentionsrecht des Pfandgläubigers wegen anderweitiger Forderungen als der bona fides entspringend bezeichnen will und auch in diesem Fall eine Konnexität nachzuweisen versucht, so ist das doch wohl zu gekünstelt. Da kann man wirklich mit Windscheid[3]) fragen: „Welcher Richter würde den Muth haben, diesen Satz, wenn er nicht positiv vorgeschrieben wäre, blos wegen seiner Billigkeit zur Anwendung zu bringen?“

Ebenso unhaltbar sind die übrigen Begriffsbestimmungen von Konnexität, welche von anderer Seite aufgestellt worden sind. Man muss vielmehr, wie es Windscheid[4]), Endemann[5]) und viele andere[6]) in neuester Zeit thun, sagen: Die Frage,

[1]) A. a. O. S. 974.
[2]) In Anmerkung 23 auf S. 975 a. a. O.
[3]) Pandekten § 351 [9]. Vergl. auch schon Windscheid, Krit. V. Schr. I. S. 127.
[4]) Pand. § 351.
[5]) Handb. § 94.
[6]) Langfeld § 16.

wann das Retentionsrecht begründet ist, lässt sich durch Aufstellung eines allgemeinen Rechtsgrundes nicht beantworten. Der Begriff Konnexität[1]) ist zu unbestimmt, um als Grundlage dienen zu können[2]). Allerdings lässt es sich nicht leugnen, dass in den meisten der Fälle, wo die Quellenstellen eine Retentionsbefugnis gewähren, ein Zusammenhang von Anspruch und Gegenanspruch zu finden ist, und es ist zweifellos richtig, dass dieser auch als Grund des Retentionsrechtes bezeichnet werden darf. Dieser Zusammenhang, den Dernburg mit Recht als einen wirthschaftlichen kennzeichnet, ist aber in den verschiedenen Gruppen von Retentionsfällen ein verschiedener und lässt sich nicht als einheitlicher Begriff definieren. Ausserdem ist ein Zusammenhang nicht in allen Retentionsfällen zu entdecken, namentlich nicht im Retentionsrecht des Pfandgläubigers, bei welchem vielmehr Grund der Retention lediglich positive Gesetzesvorschrift ist.

Unser Ergebnis ist demnach: Wenn man die Frage beantworten will, wann ein Retentionsrecht gegeben ist, so bleibt auch heute nichts anderes übrig, als die Motive der Römer für die einzelnen Retentionsfälle zu entwickeln und die so gefundenen Regeln auch heute noch anzuwenden[3]). Der konkrete Fall muss sich einer der oben (S. 24 f.) aufgestellten Gruppen unterordnen. Diesen muss man nur noch hinzufügen, dass auch dann eine Retention statthaft sein muss, wenn die Parteien sie ausdrücklich vereinbart haben. Belege aus den Quellen lassen sich

[1]) Bekker (Zur Reform des Besitzrechtes 1891, Iherings Jahrbuch S. 271) nennt ihn „ein Stück konserviertes Naturrecht".

[2]) *Der Entwurf § 233 ff., der mit dem Verlangen, dass beide Ansprüche aus demselben rechtlichen Verhältnis stammen, im Prinzip an der Konnexität festhält, hütet sich jedoch, dasselbe durch spezielle Beschreibung oder Aufstellung von Kategorien näher zu präzisieren (Motive 2 S. 40 ff.) Er will es dem Ermessen des Richters anheimstellen, ob ein Zusammenhang von Anspruch und Gegenanspruch vorhanden sei, ob „ein Auseinanderreissen der aktiven und passiven Seite ein und desselben rechtlichen Verhältnisses zum Nachteil des wegen einer Leistung Belangten stattfinden würde". Nur wegen Verwendungen oder wegen eines durch das Retentionsobjekt zugefügten Schadens will er immer diesen Anspruch angenommen wissen — Ein neues Gesetzbuch kann sich das erlauben. Für das geltende Recht haben wir eine solche Gesetzesbestimmung nicht, nach welcher einfach die bona fides entscheidet, ob ein Retentionsrecht gegeben ist oder nicht.*

[3]) So Langfeld S. 108. Windscheid, Pandekten § 351[2]. Bähr, Krit. V. Schr. S. 411 ff. u. andere.

dafür allerdings wohl nicht bringen[1]). Indessen entspricht dies doch allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Das aber wollen wir noch einmal betonen: Es ist jedenfalls für das gemeine Recht daran festzuhalten, dass ausser den beiden sich gegenüberstehenden Ansprüchen immer noch ein Rechtsgrund für die Retention hinzukommen muss, mag dieser nun in einer der von den römischen Quellenstellen als Retentionsgrund gebilligten Beziehungen der Ansprüche bestehen oder lediglich in positiver Gesetzesvorschrift beruhen.

B. Handelsrecht.

§ 10.

Übersicht.

Während für das gemeinrechtliche Retentionsrecht es Aufgabe der Wissenschaft war, seine Voraussetzungen aus den praktischen Quellenstellen abzuleiten, stellt das Handelsgesetzbuch für das kaufmännische Retentionsrecht dessen Voraussetzungen in den Art. 313 u. 314 einfach theoretisch fest. Natürlich sind auch hier zunächst zwei Ansprüche erforderlich, welche aber wesentlich anderen Erfordernissen entsprechen müssen. Besonders betont wird sodann ein Erfordernis, welches dem gemeinen Rechte zwar nicht ganz fremd ist, aber doch dort eine unwesentlichere Rolle spielt, nämlich der Mangel einer der Retention widerstreitenden Disposition. Warum das dritte Erfordernis des gemeinrechtlichen Retentionsrechtes, der Retentionsgrund, hier nicht besonders nachgewiesen zu werden braucht, im H.G.B. gar nicht erwähnt wird, wird uns zuletzt in diesem Abschnitte beschäftigen. Wir haben jetzt also zu erörtern:

1. den Anspruch gegen den Retinenten,
2. die Forderung des Retinenten,
3. den Mangel einer der Retention widersprechenden Disposition,
4. den Rechtsgrund der Retention.

[1]) Vielleicht l. 30 D. de pig. act. 13, 7. Vergl. darüber Langfeld S. 84.

§ 11.

I. Der Anspruch gegen den Retinenten.

Das H.G.B. stellt zunächst für die Person des Retinenten und ebenso für die des Retentionsgegners die vom gemeinen Recht natürlicher Weise abweichende Bestimmung auf, dass beide Kaufleute sind. Der erste Entwurf hatte im Anschluss an das bestehende österreichische Recht nur auf Seite des Retinenten diese Eigenschaft gefordert. Um aber kaufmännische Gläubiger nicht unbegründet vor nichtkaufmännischen zu bevorzugen, stellte man späterhin[1]) mit Recht für beide Seiten dieses Erfordernis auf, so dass also das ganze Institut im Handelsrecht auf den Verkehr von Kaufmann mit Kaufmann beschränkt ist.

Wer Kaufmann ist, ergiebt sich aus dem Art. 4 ff. H.G.B. in Verbindung mit Art. 271, 272, wonach der Begriff sich nur auf denjenigen erstreckt, welcher gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt. Ausserdem gelten noch kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung Aktiengesellschaften, eingetragene Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Kaufleute, selbst wenn sie keine Handelsgeschäfte betreiben.

Die Eigenschaft als Vollkaufmann wird nicht verlangt. Ein Minderkaufmann kann ebenso gut retinieren. Der spätere Verlust der Kaufmannseigenschaft hebt ein einmal begründetes Zurückbehaltungsrecht nicht wieder auf[2]). Es ist nur erforderlich, dass sie im Augenblick der Entstehung des Retentionsrechtes vorhanden ist.

Ebenfalls beschränkt im Gegensatz zum gemeinen Recht ist der Gegenstand des Anspruches gegen den Retinenten, das Retentionsobjekt. Art. 313 gestattet das Retentionsrecht nur an „allen beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen (des Retinenten) Besitz gekommen sind, sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst insbesondere vermittelst Konossemente, Ladescheine oder Lagerscheine noch in der Lage ist, darüber zu verfügen“. Im Einzelnen

[1]) Protokolle S. 1350.
[2]) Striethorst, Arch. 99 S. 125.

ergeben sich hieraus folgende Unterschiede vom gemeinen Recht:

a. Nur alle beweglichen Sachen und Werthpapiere dürfen retiniert werden. Ausgeschlossen sind damit also im Gegensatz zum gemeinen Recht Immobilien, Forderungen, ferner Leistungen jeder Art, namentlich auch die Eigenthumsübertragung von Sachen[1]), wozu der Retinent verbunden ist. Geld kann nur als körperliche Sache retiniert werden.

Der Begriff „bewegliche Sache" bestimmt sich nach Landesrecht. Als Werthpapiere sind solche Urkunden anzusehen, deren Innehabung privatrechtliche Voraussetzung für die Verwerthung des darin verbrieften Rechtes ist. Sehr bestritten ist es, ob solche Papiere, die nur Beweiszeugnisse sind, wie Versicherungspolicen, Schuldscheine, Dienstzeugnisse, dem kaufmännischen Retentionsrecht unterliegen. Zu den Werthpapieren gehören sie ja keinenfalls. Wohl aber müsste man sie zu den beweglichen Sachen zählen[2]). Allein dies würde im Widerspruch mit dem Wesen des handelsrechtlichen Retentionsrechtes stehen. Dieses will eine Sicherung durch eventuellen Verkauf der res retinenda bezwecken, aber keine Pression wie das gemeinrechtliche. Nach gemeinem Recht sind, wie wir oben sahen, jene Papiere ein recht geeignetes Retentionsobjekt. Für das Handelsrecht hat sich hingegen die Praxis des Reichsgerichtes[3]), allerdings im Widerspruch mit dem ehemaligen Reichsoberhandelsgericht[4]), mit Recht dafür entschieden, dass an derartigen Papieren, wie an allen Sachen, welche keinen Verkaufswerth haben, ein kaufmännisches Retentionsrecht nicht Platz greifen dürfe.

b. Nur an beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners ist ein kaufmännisches Retentionsrecht gestattet, was ebenfalls eine Beschränkung im Gegensatz zum gemeinen Recht ist. Sie müssen dem Schuldner eigenthümlich gehören oder wenigstens so, dass er rechtlich darüber verfügen kann[5]). Das Eigenthum an sich bestimmt sich nach bürgerlichen Recht

[1]) Dies auch schon aus dem weiter unten unter b. erwähnten Grunde.
[2]) Das H.G.B. stellt wie an anderen Stellen so auch hier den beweglichen Sachen die Werthpapiere gegenüber.
[3]) R.G. 15. S. 55, 16. S. 172, 29. S. 301.
[4]) R.O.H.G. 3. S. 160, 9. S. 243, ebenso Korn, S. 35.
[5]) R.O.H.G. 15. S. 422, 17. S. 157, 18. S. 22.

mit den besonderen handelsrechtlichen Modifikationen der Art. 306 u. 307 H.G.B. und 36 u. 74 der W.O. Sind die Sachen fremde, so kann trotz guten Glaubens kein Retentionsrecht an ihnen entstehen. Inbezug auf den Erwerb des Retentionsrechtes gelten H.G.B. Art. 306 u. 307 nicht.[1]) Indessen lässt sich doch eine Ausnahme hiervon konstruieren, eine merkwürdige Analogie zum Gordianischen gemeinen Retentionsrecht. Hat ein Kaufmann fremde Waaren in seinem Handelsbetrieb verpfändet und übergeben, so kann nach Art. 306 „ein früher begründetes Eigenthum nicht zum Nachtheil des rechtlichen Pfandnehmers geltend gemacht werden". Der Eigenthümer muss hiernach nicht nur das Pfandrecht selbst, sondern auch alle Nebenrechte des Pfandnehmers, wie z. B. das kaufmännische Retentionsrecht, schonen.[2]) — Der Schuldner selbst, der fremde Sachen für seine eigenen ausgegeben hat, kann sich natürlich niemals dem Gläubiger gegenüber darauf berufen. Dieser gewinnt nur Dritten gegenüber kein Retentionsrecht.

Das Retentionsobjekt muss nur zur Zeit der Entstehung des Retentionsrechtes im Eigenthum des Schuldners stehen. Ein späterer Eigenthumswechsel hebt es nicht wieder auf.[3]) Die Ausnahme davon im Verfolgungsrecht des Absenders nach K. O. § 36 (s. u. S. 52) erklärt sich dadurch, dass hierbei das Eigenthum nicht ex nunc, sondern ex tunc aufgehoben wird.

An Sachen, an welchen der Schuldner nur Miteigenthum hat, kann ein Retentionsrecht im allgemeinen begründet und bis zur Höhe der ihm gehörigen Quote verwirklicht werden; es müsste denn etwa sein, dass infolge des Gemeinschaftsverhältnisses nicht im Interesse des einzelnen Gesellschafters über Gemeinschaftsgut verfügt werden dürfte. So kann z. B. die zum Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft gehörige Sache nicht wegen Privatschulden eines einzelnen Gesellschafters zurückbehalten werden.

c. Das Retentionsobjekt muss mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gekommen sein. Beim gemeinen Retentionsrecht sahen wir, dass ein Besitz dort nicht erforderlich ist, weil auch solche

[1]) R.O.H.G. 15. S. 421.
[2]) Goldschmidt S. 902[34]. R.O.H.G. 2. N. 15.
[3]) R.O.H.G. 24. S. 348.

Objekte zurückgehalten werden können, an welchen ein Besitz gar nicht möglich ist, wie z. B. Leistungen. Und selbst die Retention von körperlichen Sachen konnten wir uns ohne Besitz vorstellen (s. ob. S. 23.). Das kaufmännische Retentionsrecht verlangt den Besitz. Der animus rem sibi habendi ist deshalb aber nicht nöthig. Blosse Detention bildet den faktischen Zustand, welcher im Art. 313 Besitz genannt wird[1]). Die Detention kann natürlich eine mittelbare oder eine unmittelbare sein. Als Stellvertreter darin darf sich der Gläubiger begreiflicher Weise nur nicht des Schuldners bedienen. Innehabung auf Grund eines Dienstverhältnisses ist nicht zur Retention geeignet[2]). Dass im einzelnen Fall infolge eines besonderen Umstandes, z. B. durch Arrestlegung, die nur durch gerichtliches Einschreiten beseitigt werden kann, die Möglichkeit der Verfügung dem Retinenten entzogen ist, hebt sein Recht auf Zurückbehaltung nicht auf. Ebensowenig wird es dadurch beseitigt, dass derjenige, welcher für den Retinenten selbst detiniert, ein Retentionsrecht — ein bürgerliches, ein handelsrechtliches ist nicht möglich, da die Sache ja einem Dritten gehört — oder ein Pfandrecht, wie etwa der Frachtführer wegen der Fracht, geltend macht.

Dem Besitz steht es, wie ausdrücklich im Art. 313 hervorgehoben ist, gleich, wenn der Gläubiger durch ein Traditionspapier über die Sache verfügt, von welchen das Gesetz Konnossemente und Ladescheine sowie Lagerscheine besonders nennt, ohne damit jedoch erschöpfend sein zu wollen, wie es durch das „insbesondere" zeigt.

Über den Erwerb des Besitzes werden noch zwei nähere Erfordernisse angegeben, welche dazu dienen sollen, den Schuldner vor Willkür und Missbrauch seitens des Gläubigers zu schützen, und dem gemeinen Recht fremd sind.

α. Der Erwerb muss mit Willen des Schuldners erfolgt sein. Damit ist der eigenmächtige Besitz, der nach gemeinem Recht unter Umständen genügen kann, ausgeschlossen, ebenso ein Besitz, den der Retinent durch einen Dritten ohne Zustimmung des Schuldners erhalten hat, eine Beschränkung, welche das gemeine Retentionsrecht auch nicht kennt. Mit Zustim-

[1]) R.O.H.G. 16 S. 81.
[2]) R.O.H.G. a. a. O.

mung des Schuldners kann auch ein Dritter einen genügenden Besitz übertragen. Es ist nicht nöthig, dass die Besitzübertragung mit Wissen des Schuldners geschah. Der Zusatz „mit Wissen“ ist ausdrücklich bei der Berathung gestrichen worden[1]). Nur der Wille wird erfordert. Natürlich muss dieser frei sein, nicht auf Zwang oder Irrthum beruhen. Ob Fortdauer des Willens zur Erhaltung des Retentionsrechtes nöthig ist, ist streitig[2]). Goldschmidt verneint die Nothwendigkeit. Allein mit Unrecht. Kann das Rechtsverhältnis, auf Grund dessen der Gläubiger besitzt, durch eine einseitige Willenserklärung des Schuldners aufgehoben werden, so genügt, nachdem diese Erklärung abgegeben und die Sache vor dem Augenblick, wo die sonstigen Erfordernisse der Retention, namentlich die Fälligkeit der Forderung, eintraten, zurückgefordert war, der nunmehr gegen den Willen des Schuldners ausgeübte Besitz nicht mehr[3]).

β Ein zweites Erfordernis für die Art des Besitzerwerbes ist, dass Art. 313 einen Besitzerwerb auf Grund von Handelsgeschäften verlangt, eine neue Einschränkung gegenüber dem gemeinen Rechte, welchem Handelsgeschäfte natürlich fremd sind. Über den Begriff Handelsgeschäfte entscheiden die Art. 271 ff. H.G.B. Infolge der Präsumption von Art. 274 hat die Einschränkung hier keine grössere Bedeutung, da das kaufmännische Retentionsrecht nur unter Kaufleuten zulässig ist. Das Geschäft kann auch ein einseitiges Handelsgeschäft sein. Es hätte besonders hervorgehoben werden müssen, wenn es zweiseitig sein müsste, wie das ja auch in demselben Artikel für die Forderung des Retinenten geschehen ist. Das Geschäft kann zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner oder zwischen dem Gläubiger und einem Dritten abgeschlossen sein.

„Auf Grund“ von Handelsgeschäften ist dasselbe wie „in Veranlassung“ von Handelsgeschäften. Daher ist eine Zusendung, welche nicht in Ausführung eines vorangegangenen Handelsgeschäftes, sondern in der Erwartung, dass ein solches

[1]) Protokolle S. 1349, 1357, 1352.
[2]) a. a. O. S. 1037^{32}, 1045^{6}.
[3]) v. Hahn S. 177.

zustande kommen würde, geschah, als geeignet zur Begründung eines Retentionsrechtes anerkannt worden[1]).

§ 12.

II. Die Forderung des Retinenten.

Art. 313 giebt einem Kaufmann ein Retentionsrecht „wegen fälliger Forderungen gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften". Auf den Gegenstand der Forderung, ob sie auf Geld oder eine andere Leistung geht, auf die Zeit ihrer Entstehung, ob vor, mit oder nach dem Besitzerwerb, auf Liquidität, auf Verzug des Schuldners kommt es hier ebensowenig wie im gemeinen Rechte an. Das Gesetz stellt, abgesehen von der Kaufmannseigenschaft der beiden Kontrahenten, welche wir oben schon besprachen und als abweichend vom gemeinen Recht bezeichnet haben, überhaupt nur zwei Ansprüche an diese Forderung: dass sie „aus einem zweiseitigen Handelsgeschäft zwischen ihnen" entstanden sei und dass sie „fällig" sei.

a. Die Forderung muss aus Handelsgeschäften entstanden sein, und zwar wird hier ausdrücklich ein zweiseitiges Handelsgeschäft verlangt, wodurch dem gemeinen Recht gegenüber eine noch weitergehende Beschränkung aufgestellt wird, als dies beim Retentionsobjekt geschehen ist. Beim Nichtzustandekommen eines beabsichtigten Handelsgeschäftes ist die etwaige Forderung auf Entschädigung als geeignet anzusehen, wie wir Analoges oben beobachteten.

b. Das zweiseitige Handelsgeschäft muss zwischen Retinent und Retentionsgegner abgeschlossen sein. Dadurch ist es schlechthin ausgeschlossen, dass der Gläubiger einer cedierten Forderung als Cessionar gegen den abgetretenen Schuldner Retention ausüben könnte, was nach gemeinem Rechte sehr wohl angeht. Davon lässt sich auch dann keine Ausnahme machen, wenn die Cession Folge einer zwischen den ursprünglichen Kontrahenten getroffenen Vereinbarung ist, obwohl die Redaktoren des H.G.B. glaubten, dass dies mit den Worten des Gesetzestextes vereinbar sei[2]). Anders steht es dagegen, wenn eine Delegation stattgefunden hat, also

[1]) R.O.H.G. 19 S. 363.
[2]) Protokolle S. 1346—1352. Goldschmidt S. 1039.

eine Übereinkunft des Schuldners mit dem neuen Gläubiger, oder auch eine Expromission, die Übereinkunft des Gläubigers mit einem neuen Schuldner. Delegation und Expromission müssen dann aber selbst zweiseitige Handelsgeschäfte sein.

Durch den Ausschluss von cedierten Forderungen sind aber Forderungen aus Inhaber- oder Ordrepapieren nicht betroffen, da die Verpflichtung aus solchen Papieren von Haus aus gegenüber jedem Inhaber oder Indossatar begründet ist. Der Aussteller verspricht, demjenigen zu zahlen, welcher das Papier besitzt, bezw. durch eine fortlaufende Reihe von Indossamenten legitimiert ist. Durch den Erwerb eines solchen Papiers wird eine direkte Beziehung zwischen Aussteller und Erwerber erzeugt. Der Erwerb ist nach herrschender Ansicht keine Singularsuccession in das Forderungsrecht des Vormannes. Die Forderung kommt vielmehr in jedem Erwerber neu zur Entstehung.

Wegen ererbter oder durch Legat oder richterliche Überweisung erworbener Forderungen kann die kaufmännische Retention ebenfalls nicht in Anspruch genommen werden[1]). Ein schon begründetes Retentionsrecht wird dagegen durch den Tod des Gläubigers oder des Schuldners natürlich nicht berührt.

c. Endlich muss die Forderung regelmässig fällig sein, ein Erfordernis, welches wir auch beim gemeinrechtlichen Retentionsrecht zu sehen Gelegenheit hatten. Denn darin, dass der Gläubiger sich eine betagte Forderung versprechen liess, und somit dem Schuldner kreditierte, liegt ein stillschweigender Verzicht auf Deckung durch die in seiner Hand befindlichen Sachen[2]).

Zweifelhaft könnte es sein, wann in einem Hauptfall des kaufmännischen Retentionsrechtes, auf den allein, in Anschluss an bisher geltendes Partikularrecht, noch in zweiter Lesung der Nürnberger Konferenz das ganze Rechtsinstitut beschränkt war, die Forderung fällig ist, nämlich bei Forderungen aus Wechselaccepten. Ist der Wechsel behufs Tilgung einer Schuld des Trassaten gegen den Trassanten gezogen, so entsteht natürlich für den Acceptanten eine Forderung überhaupt nicht.

[1]) Thöl, Handelsr. S. 233. 2.
[2]) Protokolle S. 1351.

Andernfalls muss man richtiger Ansicht nach im Zweifel, falls nicht ausdrücklich Kredit gegeben ist, annehmen, dass die Forderung nach erfolgter Annahme, nicht erst nach der Zahlung fällig sei, weil die Vermuthung dafür spricht, dass der Acceptant nicht in der Absicht, einen Vorschuss zu geben, sondern in der Erwartung, vorher durch Zahlung gedeckt zu werden, angenommen hat.

Das Handelsrecht hat aber doch, was die Fälligkeit der Forderung betrifft, eine Besonderheit vor dem gemeinen Rechte voraus, nämlich die, dass es von dieser Voraussetzung eine Ausnahme macht, im Fall des sog. ausserordentlichen Retentionsrechtes, ein Name, der eigentlich nicht passt: In der Praxis ist dieses das bei weitem häufigere Retentionsrecht. Das andere, das sog. ordentliche, das aussergewöhnliche. Ein Kaufmann wird sich für die Regel hüten, zu retinieren, weil er dadurch natürlich sofortigen Abbruch der Geschäftsverbindung mit dem andern Kontrahenten herbeiführen würde. Er wird vielmehr nur dann zu dieser Massregel greifen, wenn durch Vermögenverfall des Schuldners seiner Forderung Gefahr zu drohen scheint. Dann darf er auch retinieren, ohne dass seine Forderung schon fällig ist. Art. 314 nimmt aber eine solche Unsicherheit des Schuldners nur in folgenden Fällen an:

α. wenn über das Vermögen desselben der Konkurs eröffnet ist oder der Schuldner auch nur seine Zahlungen eingestellt hat, worunter nach R. G. 14, S. 221 u. 21, S. 23 die erkennbar gewordene Thatsache der Nichterfüllung fälliger Geldschulden wegen eines nicht blos vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln zu verstehen ist.

β. wenn eine Exekution in das Vermögen des Schuldners fruchtlos vollstreckt ist — von wem und weswegen ist gleichgiltig — oder wider denselben wegen Nichterfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit die Vollstreckung eines Personalarrestes erwirkt ist. Letzteres ist durch Gesetz vom 29. Mai 1868 betreffend die Schuldhaft unpraktisch geworden.

Das Gesetz gestattet nur aus diesen genannten Gründen einen Schluss auf die Insolvenz des Schuldners zu ziehen und damit von dem Erfordernis der Fälligkeit abzusehen. Andere Zeichen eines drohenden Vermögensverfalls genügen

nicht. Andererseits nützt aber auch dem Schuldner der Nachweis nicht, dass trotz Vorhandenseins der unter α und β genannten beiden Momente keine Zahlungsunsicherheit besteht. Ausnahmen sind eben strikt zu interpretieren[1]). Aus diesem Grundsatz folgt auch, dass dieses sogenannte ausserordentliche Retentionsrecht nur für betagte, nicht für bedingte Forderungen eintreten darf.

§ 13.

III. Der Mangel einer der Retention widerstreitenden Disposition.

Im gemeinen Recht hat natürlich ein Vertrag unter den Parteien Giltigkeit, welcher das Retentionsrecht in einem bestimmten Fall ausschliessen will. Im Fall eines Depositums ist es sogar gesetzlich ausgeschlossen[2]). Dasselbe gilt nach H. G. B. Art. 184c, wonach bei Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften die Aktionäre an dem Gegenstand der zu leistenden Einlage wegen Forderungen, die sich nicht auf dieselbe beziehen, kein Zurückbehaltungsrecht haben, eine Bestimmung, mit welcher schwerlich das handelsrechtliche Retentionsrecht gemeint sein kann[3]), da die zu leistenden Einlagen doch noch nicht Eigentum der Gesellschaft sein können, was unbedingt erforderlich wäre, sondern nur das gemeinrechtliche, insoweit eine Beziehung der res retinenda zur Forderung dort nicht erforderlich ist, wie z. B. unzweifelhaft in den Fällen der l. un. C. 8,27.

Das H. G. B. erkennt eine solche Privatdisposition auch an, wie es ausdrücklich im Art. 316 erklärt, der übrigens, da es sich nicht um öffentliches Recht handelt, als selbstverständlich eigentlich überflüssig ist. Es bestimmt ausserdem im Art. 313, dass schon dann ein Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners ausgeschlossen sei, „wenn es der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe ertheilten Vorschrift oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten

[1]) R. C. 3, S. 116.
[2]) l. 11 C. dep. 4,34.
[3]) Wie Lepa, Goldschmidts Zeitschr., Bd. 33. S. 475, fälschlich in seiner leidenschaftlichen Kritik der Langfeldschen Schrift über Retentionsrecht annimmt.

Weise mit den Gegenständen zu verfahren, widerstreiten würde.“

Dies Erfordernis ist ein sehr berechtigtes. Es würde schon dem ursprünglichen Zweck der Retention, der Billigkeit, wenig entsprechen, wenn man die Verletzung von Treu und Glauben, welche in der Nichtbeachtung einer solchen Vorschrift liegen würde, sanktionierte. Deshalb sagt das H. G. B. hiermit aber auch nichts Neues, nichts vom gemeinen Recht Abweichendes. Auch in Rom würde in einem solchen Fall eine exceptio doli, weil sie selbst einen dolus enthält, keinen Erfolg gehabt haben. Es wird dies deshalb nur nirgends betont, weil bei dem gemeinrechtlichen Retentionsrecht es viel seltener vorkommt, dass das Retentionsobjekt mit der Vorschrift bezw. Verpflichtung, in bestimmter Weise damit zu verfahren, vom Retinenten übernommen ist[1]). Im Handelsverkehr ist es dagegen eine überaus häufige Thatsache, dass ein Kaufmann Sachen des anderen vorübergehend in Händen hat, und deshalb ist schon aus dem Grunde die Einschränkung nöthig, damit das Rechtsinstitut nicht eine allzu gewaltige Ausdehnung gewinne, und dem kaufmännischen Verkehr nicht eine ihm unerträgliche Unsicherheit aufdrücke.

Die Zeit, wann eine solche Disposition, in bestimmter Weise mit der Sache zu verfahren, getroffen werden muss, bestimmt das Gesetz ganz genau: Vor und bei Übergabe der Sachen kann der Schuldner sie einseitig in rechtsverbindlicher Weise erlassen. Eine spätere Ordre von ihm hat nur dann eine Wirkung, wenn der Gläubiger sich ihr unterwirft.

In welchen Fällen nun eine solche Vorschrift bezw. übernommene Verpflichtung als vorliegend anzusehen ist, unterliegt konkreter Würdigung. Man darf dabei nicht zu weit gehen. Insbesondere darf es als eine solche Vorschrift noch nicht angesehen werden, wenn der Gläubiger nach dem Wesen des Vertrages, durch den er den Besitz erwarb, irgendwie zur Zurückgabe oder Ablieferung an den Schuldner oder einen Dritten verpflichtet ist, da ja gerade gegen die in dieser Verpflichtung unter Umständen liegende Härte das Retentions-

[1]) So auch R. G. 9, S. 295 in einer allerdings dem preussischen Recht angehörigen Sache, aber ohne Bezugnahme auf besondere landrechtliche Gründe.

recht einen Schutz gewähren soll. Sonst würde ja auch das sogenannte ordentliche Retentionsrecht überhaupt unmöglich sein, der erste Absatz des Art. 313 durch diese Bestimmung völlig illusorisch gemacht sein, da irgend eine obligatorische Verpflichtung, etwas Bestimmtes mit einer Sache, deren Besitz uns übertragen ist, zu machen, immer besteht. Deshalb muss man verlangen, dass „der erkennbare Wille, jedenfalls ein Retentionsrecht des Gläubigers durch die Übergabe nicht zu begründen, ausgesprochen ist“[1]).

Besteht nun für den Gläubiger eine solche verbindliche Verpflichtung, und ist er ihr nachgekommen bezw. hat er alles gethan, was zur Erfüllung zu thun in seiner Macht stand, aber die Sache kann z. B. zum festgesetzten Preisminimum nicht verkauft werden oder nicht spediert werden, so steht, falls die Sache noch in seinem Gewahrsam sein sollte, nunmehr einer Retention nichts mehr im Wege.

Durch diesen Zusatz zum Art. 313 soll der Umfang des Retentionsrechtes für das Handelsrecht mit Recht eingeschränkt werden. Um diese Einschränkung nicht aber wiederum weiter gehen zu lassen, als für einen von Treu und Glauben beherrschten Handelsverkehr erforderlich ist, hat man einmal denjenigen, welche am häufigsten fremde Sachen mit dem Auftrag, in bestimmter Weise damit zu verfahren, erhalten, wie z. B. den Spediteuren, Kommissionären, ein gesetzliches Pfandrecht ohne Rücksicht auf entgegenstehende Aufträge gegeben. Ausserdem ist auch für die Retention eine Ausnahme wiederum von dieser Beschränkung gemacht worden, nämlich durch den schon einmal erwähnten Art. 314, bei Insolvenz des Schuldners, die sich in Konkurseröffnung, Zahlungseinstellung oder in einer fruchtlosen Exekution in sein Vermögen ausspricht. Für das gemeine Retentionsrecht auch diese Ausnahme anzunehmen, wie wir es bei der Regel gethan haben, ist aus blossen Billigkeitsgründen hier wohl nicht angängig. — Art. 314 fordert noch besonders, dass diese Insolvenz erst nach Übergabe der Sache oder Übernahme der Verpflichtung eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden sei. Natürlich ist stillschweigend voraus-

[1]) R. O. H. G. 19. S. 374. Praktische Einzelfragen s. bei Staub S. 704.

gesetzt, dass die Forderung schon vorher entstanden war. Kreditiert jemand in Kenntnis der Gefahr, die für seine Forderung droht, so ist es nicht mehr als billig, dass er auch von den erweiterten Befugnissen des Art. 314 keinen Gebrauch machen darf. Das Reichsgericht[1]) hat hierzu entschieden, dass die Sache auch erst nach den betreffenden Umständen in den Besitz des Gläubigers gelangt sein könne, entscheidend sei nur, dass die Vorschrift erlassen oder die Verpflichtung übernommen ist, ehe die Unsicherheit entstand oder bekannt wurde.

§ 14.

IV. Der Rechtsgrund der Retention.

Unter den Voraussetzungen des gemeinrechtlichen Retentionsrechtes war, wie wir oben sahen, eine der wesentlichsten der Rechtsgrund der Retention, der meist in dem als einheitlichen Begriff nicht definierbaren wirthschaftlichen Zusammenhang der beiden sich gegenüberstehenden Ansprüche zu sehen ist, aber auch durch positive Gesetzesvorschrift ersetzt sein kann. Für das kaufmännische Retentionsrecht hat man es unterlassen, eine derartige Voraussetzung als besonderes Erfordernis aufzustellen. Und zwar mit gutem Grunde.

Zur Zeit der Abfassung des Handelsgesetzbuches war für das gemeine Retentionsrecht die sogenannte Konnexität als unumgängliche Voraussetzung desselben herrschende Lehre. Diesen schwankenden, bald enger bald weiter gefassten Begriff auf das neu zu schaffende Rechtsinstitut, welches in ganz Deutschland Recht werden sollte, zu übertragen, trugen die Redaktoren in Rücksicht auf die Klarheit und Bestimmtheit des Gesetzes mit Recht Bedenken. Sie liessen ihn deshalb fallen und suchten in anderer Weise einen vollkommenen Ersatz dafür zu schaffen.

Eine in den römischen Quellenstellen als Retentionsgrund gebilligte Beziehung zwischen Anspruch und Gegenanspruch findet sich hier allerdings nicht, dafür aber eine andere, die dem Handelsverkehr viel entsprechender ist. Das kaufmännische Retentionsrecht ist nur zwischen zwei Kaufleuten gestattet. Forderung und Besitz des Retinenten müssen aus

[1]) Entsch. Bd. 12 S. 91.

Handelsgeschäften entsprungen sein. Anspruch und Gegenspruch sind also beide vollkommen dem Handelsverkehr angehörig, und dadurch treten sie in eine nahe, wenn auch nicht unmittelbare Beziehung, zu einander. Im Verkehr der Kaufleute unter einander, namentlich bei fortdauernder geschäftlicher Verbindung, verliert die einzelne Forderung ihre isolierte Natur. Jede Forderung steht mit jeder Gegenforderung deshalb schon in engem Zusammenhang, weil beide als Posten des einheitlichen Soll und Habens fungieren[1]). Wenn also im Handelsverkehr immer bei zwei den auf obigen Seiten näher bezeichneten Ansprüchen entsprechenden, sich gegenüberstehenden Forderungen retiniert werden kann, so darf man deshalb doch nicht behaupten, dass eine jede wirthschaftliche Beziehung zwischen ihnen fehlt. Es ist dies nur eine ganz andere Beziehung als im gemeinen Recht, nicht eine unmittelbare, sondern eine mittelbare. Sie wird nicht als besonderes Erfordernis aufgestellt, sondern von Anspruch wie von Gegenanspruch wird eine derartig enge Zusammengehörigkeit zum Handelsverkehr verlangt, dass sie beide als zusammengehörig erscheinen.

Es mag dann auch hier von Einfluss gewesen sein, dass mit der Abschwächung des Unterschiedes von Geld und Waare im Handelsverkehr es nahe lag, Grundsätze der Kompensation auf die Retention anzuwenden, wie wir oben schon erwähnten, und, da bei der Kompensation irgend eine direkte Beziehung zwischen Forderung und Gegenforderung nicht besteht, eine solche auch bei der Retention nicht zu verlangen.

Wenn man also ein Retentionsrecht nicht ohne Konnexität sich denken kann, wie das zur Zeit der Redaktion des H.G.B. allgemein der Fall war, so kann man vom kaufmännischen Retentionsrecht sicher nicht behaupten, dass es dieses Erfordernisses ganz entbehre. Wir haben oben auch für das gemeine Recht die Konnexität als unbedingt nothwendige Voraussetzung zur Retention verworfen und anerkannt, dass auch positive Gesetzesvorschrift Rechtsgrund der Retention sein könne. Von diesem Standpunkt aus haben wir es noch leichter, gemeines und handelsrechtliches Zurückbehaltungs-

[1]) Goldschmidt S. 1001. Den prägnantesten Ausdruck hat dieser Zusammenhang, welcher unter allen Geschäften zweier Kaufleute besteht, im Kontokorrentverhältnis gefunden. Vergl. Laband a. a. O. S. 487.

recht in Einklang zu bringen, indem wir das handelsrechtliche dem Gordianischen an die Seite stellen.

Unser Ergebnis ist demnach: Man kann keineswegs, wie das meistens geschieht, behaupten, dass ein prinzipieller Unterschied zwischen gemeinem und kaufmännischem Retentionsrecht inbezug auf den Rechtsgrund des Zurückbehaltens besteht. Anhänger der Konnexitätslehre müssen auch hier eine solche anerkennen. Nichtanhänger derselben können erst recht keinen Unterschied finden. Das nur ist in beiden Rechten verschieden: Im gemeinen Recht wird man immer fragen müssen, welcher von den verschiedenen Gründen im Einzelfall zur Retention berechtige, unter welche der oben angeführten Gruppen der konkrete Fall gehöre. Im Handelsrecht fällt diese Frage hinweg, da alle Retentionsfälle derselben Art sind.

Dritter Abschnitt.

Wirkungen des Retentionsrechtes.

A. Gemeines Recht.

§ 15.

I. Der Inhalt des gemeinrechtlichen Retentionsrechtes besteht darin, dass der Retinent, je nach Beschaffenheit des Retentionsobjektes, die Leistung, welche er schuldig ist, zeitweilig nicht erfüllt oder eine körperliche Sache zeitweilig zurückhält. Seine Absicht dabei ist es, durch dieses Nichterfüllen bezw. Zurückhalten auf seinen Gegner einen Druck auszuüben, damit dieser den Gegenanspruch, den er dem Retinenten schuldig ist, erfüllt. Dieser Druck kann ein mehr oder weniger starker sein, je nachdem der Gegner der retinierten Leistung mehr oder weniger bedarf. Er kommt dem Zwange gleich, wenn sie für ihn unentbehrlich ist.

Die Zurückhaltung ist nur eine zeitweilige. Der Anspruch des Gegners wird nicht etwa definitiv aufgehoben. Es wird vielmehr nur seine Verwirklichung gehemmt, bis die Forderung des Retinenten befriedigt ist[1]).

II. Prozessualisch geltend gemacht wird das Retentionsrecht des gemeinen Rechtes nicht im Wege der Klage, sondern nur als Einrede des beklagten Retinenten. Durch diese wird nicht etwa eine Zurückweisung der gegnerischen Klage bewirkt. Der Retinent wird vielmehr verurtheilt, aber nur bedingt d. h. nur gegen Befriedigung seines Gegenanspruches Nach § 664 C.P.O. darf eine vollstreckbare Ausfertigung eines solchen Urtheils nur ertheilt werden, wenn durch eine öffentliche Urkunde der Beweis des Eintrittes der Bedingung erbracht ist, d. h. der Befriedigung des Gegenanspruches[2]). Da dem Retentionsgegner für den Fall, dass er klagen würde, diese exceptio entgegen steht, so kann der Retinent wegen der Leistung, die er schuldet, für die Dauer seines Retentionsrechtes nicht in Verzug kommen, überhaupt keine Nachtheile wegen Nichterfüllung erleiden[3]).

Nur in einem Fall kann ausnahmsweise das gemeinrechtliche Retentionsrecht im Wege der Klage geltend gemacht werden. Nach § 686 der C.P.O. können Einreden — also auch die Retentionseinrede — auch noch in der Exekutionsinstanz geltend gemacht werden, wenn die Gründe, auf welche sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Die Einreden sind aber nach demselben Paragraphen im Wege der Klage beim Prozessgericht erster Instanz geltend zu machen.

III. Ist das Retentionsobjekt eine körperliche Sache, so braucht diese der Retinent also nicht herauszugeben. Weiter gehen seine Rechte aber nicht.

---

[1]) *Sicherung und Zwangsmittel, nicht Mittel zur Deckung und Befriedigung, bleibt das Retentionsrecht auch nach dem Entwurf. Motiv. 2 S. 42.*

[2]) *Der Entwurf beabsichtigt, in einem Einführungsgesetz diese Bestimmung der C. P. O. dahin zu ergänzen, dass eine vollstreckbare Ausfertigung auch ohne diesen Nachweis ausgefertigt wird. Die Klage muss dann auf Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug gehen. Entw. § 365 N 1.*

[3]) *So auch Entwurf: Motiv 2, S. 43, vergl. § 941, 256.*

a. So ist ihm wenigstens aus dem Retentionsrechte allein noch kein Recht zum Besitz gegeben. Verliert er denselben, so kann er ihn nur auf Grund seines Eigenthums, juristischen Besitzes oder auf Grund von obligatorischen Verhältnissen wieder erlangen. Wenn er blosser Detentor war, so sind ihm die possessorischen Rechtsmittel versagt.

b. Der Retinent hat kein Recht, in irgend einer Weise über die Sache zu verfügen. Vor allem darf er sie nicht verkaufen und sich aus dem Erlös bezahlt machen. Nur indirekt, durch den auf den Gegner infolge der Nichtbefriedigung ausgeübten Druck, kann er eine eigene Befriedigung herbeizuführen versuchen[1]). Der von einer Seite erhobene Vorschlag, für den Fall beharrlicher Nichterfüllung durch den Richter den Verkauf der Sache androhen zu lassen, möchte für die Vervollkommnung des Institutes nicht unvortheilhaft sein, ist aber nicht praktischen Rechtens[2]). Natürlich kann aber der Retinent seinen Anspruch, falls er dazu geeignet ist — was gerade beim häufigsten Retentionsfall, bei der Retention wegen Verwendungen nicht der Fall ist (s. oben S. 23) — einklagen, den retinierten Gegenstand für sich pfänden lassen und dadurch direkte Befriedigung erlangen.

c. Ebensowenig Rechte, wie der Retinent an der Sache selbst hat, hat er an den Früchten. Auch diese darf er nicht zu seiner Befriedigung verwenden, falls sie nicht seiner Forderung gleichartig sein sollten, sodass insoweit eine Kompensation eintritt. Natürlich kann er aber an den Früchten ein neues Retentionsrecht dazu begründen.

IV. Was die Sorgfalt anbetrifft, die der Retinent auf die retinierte Sache anzuwenden hat, so richtet sich deren Umfang ganz nach dem Rechtsverhältnis, aus dem er an sich zur Leistung verpflichtet ist.[3]) Der unredliche Retinent steht, falls er mit Gewalt in den Besitz kam oder in Verzug gesetzt wurde, sogar für Zufall ein. Meist wird das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis eine Haftung für jedes Verschulden verlangen. Nützliche und nothwendige Aufwendungen, die der Retinent in dieser Beziehung machte, vermehren seinen An-

[1]) Dernburg, Kompensation, S. 371.
[2]) *Auch der Entwurf kennt das nicht.*
[3]) *So auch Entwurf. Vergl. Motive 2. S. 43.*

spruch. — Diese Sorgfalt kann ihm auch zuweilen sehr vortheilhaft sein. Sie kann es z. B. verlangen, dass er leicht verderbliche Sachen verkauft, Forderungen gegen verdächtige Schuldner oder fällige Wechsel einzieht. Kommt er infolge eines solchen erlaubten Verfahrens in den Besitz von Gegenständen, mit denen er seinen Anspruch kompensieren kann, so liegt einer solchen Aufrechnung nichts im Wege.

V. Dass diese Wirkung des Rentionsrechtes sich bei Untheilbarkeit des Retentionsobjektes auf das ganze Objekt erstreckt, ist selbstverständlich. Streitig ist aber, ob für den Fall, dass es theilbar ist, nur ein dem Gegenanspruch entsprechender Theil oder die ganze Leistung zurückbehalten werden darf. Wie wir eben gesehen haben und schon öfters betonten, ist es Zweck des gemeinrechtlichen Retentionsrechtes, den Gegner indirekt zu einer Leistung zu zwingen, einen Druck auf ihn auszuüben. Dieser Zwang, den ganz auszuüben der Retinent an sich in der Lage ist, würde nun erheblich an Kraft verlieren, wenn man nur theilweise Retention gestatten würde. Darum wird man für die Regel auch bei theilbarem Objekt seine ungetheilte Zurückbehaltung erlauben müssen.[1]) Wir sagen: für die Regel. Denn offenbarer Chikane soll darum doch nicht Gelegenheit gegeben werden.

B. Handelsrecht.

§ 16.

I. Der Inhalt des kaufmännischen Retentionsrechtes ist zweifacher Art. Der Gläubiger kann

a. die in seinem Besitz befindlichen Sachen und Werthpapiere des Schuldners zurückhalten. Er kann sich mit dieser einen Wirkung begnügen. Er ist nicht verpflichtet, nur befugt, wie es im Art. 315 heisst, die weitere unten näher bezeichnete Wirkung in Anspruch zu nehmen. Insoweit deckt sich also noch die Wirkung des gemeinrechtlichen Retentionsrechtes mit der des kaufmännischen. Bei beiden wird etwas zurückgehalten. Die Absicht des Retinenten ist aber dabei verschieden. Dort war ein Druck auf den Gegner bezweckt, damit dieser

[1]) So die herrschende Lehre z. B. Endemann S. 95. Dagegen Goldschmidt S. 986.

seine Schuld tilge. Hier will der Retinent — so soll wenigstens sein Wille sein; faktisch könnte er freilich auch einen Druck beabsichtigen, das Recht kommt ihm aber in dieser Beziehung nicht entgegen — mit der Zurückhaltung lediglich das erreichen, dass er, falls sein Gegner nicht doch noch erfüllt, eine Sicherheit in Händen behalte, um sich daran schadlos zu halten[1]). Dieser Unterschied in der Absicht ist von praktischer Bedeutung. Aus dem Umstand, dass die gemeinrechtliche Retention ein Pressionsmittel ist, leiteten wir oben ab, dass bei theilbarem Retentionsobjekt doch die ganze Leitung retiniert werden dürfe. Das kaufmännische Retentionsrecht aber, das nur Sicherungs- und nach Art. 315 Deckungsmittel ist, und keinen Druck auszuüben beabsichtigt, darf deshalb nur insoweit ausgeübt werden, als es zur Sicherung bezw. Deckung erforderlich ist. Dem steht nicht entgegen, dass es im Art. 313 heisst „an allen beweglichen Sachen und Werthpapieren." Mit dem Wort „allen" soll nicht auf die Quantität der Sachen hingewiesen werden, sondern darauf, dass Mobilien aller Art retiniert werden können. — Falls ausser den Voraussetzungen des kaufmännischen Retentionsrechtes auch die des gemeinrechtlichen vorliegen, wird man freilich sowohl Pressions- als Sicherungsabsicht schützen müssen. Der Gläubiger muss sich dann aber auch gleichzeitig auf das gemeinrechtliche Retentionsrecht mitberufen, was in dem vom Reichsoberhandelsgericht Bd. II. S. 383 entschiedenen Fall nicht geschehen ist, weshalb dieses dort anders entscheiden musste.

b. Der zweite und hauptsächliche Inhalt des kaufmännischen Retentionsrechtes, der dem ganzen Institut den vollständig anderen Charakter verleiht, als es ihm im gemeinen Rechte hat, dessentwegen auch die meisten anderen Abweichungen entstanden sind, ist der, dass der Gläubiger befugt ist, die retinierte Sache als Exekutionsobjekt zu behandeln. Er kann sie verkaufen und sich aus dem Erlöse befriedigen.

II. Für seine Geltendmachung hat das kaufmännische Retentionsrecht zunächst eine formelle Vorschrift. Der Gläubiger muss den Schuldner von der Ausübung desselben benach-

[1]) R. O. H. G. 2. S. 383, 10. S. 237.

richtigen und zwar ohne Verzug, d. h. sobald er den Entschluss fasst, nicht mehr auf Grund seines anderweitigen Besitzrechtes, sondern fortan nur, um zu retinieren, den Besitz fortzusetzen. Eine bestimmte Form der Anzeige wird nicht verlangt. Wird man zur Herausgabe der Sache aufgefordert, so kann die Anzeige schon in der Erklärung, dies nicht thun zu wollen, liegen. Unterlässt der Gläubiger die Anzeige, so ist er schadensersatzpflichtig. Sein Retentionsrecht wird aber in keiner Weise dadurch geschmälert. Deshalb kann man sie auch keine Voraussetzung des kaufmännischen Retentionsrechtes nennen.

Die eigentliche prozessuale Geltendmachung des Rechtes ist, je nachdem der Gläubiger von dem einen oder dem anderen seiner Rechte Gebrauch macht, verschieden.

a. Will er die beweglichen Sachen oder Werthpapiere nur zurückhalten, ohne sich aus ihnen zu befriedigen, so steht ihm, falls er auf Herausgabe verklagt wird, ebenso wie im gemeinen Rechte eine exceptio zu. Es liegt natürlich aber auch nichts im Wege, dass er, ebenso wie der gemeinrechtliche Retinent es unter Umständen machen kann, seine Forderung einklagt und auf Grund des obsiegenden Urtheils die Retentionsobjekte für sich pfänden lassen kann, was dann praktisch sein und der unten erörterten Retentionsklage sogar vorzuziehen sein wird, wenn er schon ein vollstreckbares Urtheil für seine Forderung zu der Zeit erlangt hatte, als er in den Besitz des Retentionsobjektes kam.

b. Meist wird aber der Gläubiger von seinem Verkaufsrecht in der im Art. 315 H.G.B. vorgeschriebenen Weise Gebrauch machen. Die näheren Bestimmungen hierüber sind:

α. Das Verkaufsrecht wird bei Gericht durch eine Klage geltend gemacht. Diese ist nicht etwa mit der Klage aus der Forderung zu verwechseln, von der wir oben sprachen, sondern der materielle Inhalt des Retentionsrechtes wird hier eingeklagt. Der Klagantrag geht darauf, den Beklagten zu verurtheilen, dass er die Ausübung des Verkaufsrechtes dulde, damit der Gläubiger sich für eine Forderung befriedige. Zur Begründung der Klage sind die Voraussetzungen des Retentionsrechtes vorzubringen. Namentlich ist die Existenz der Forderung, falls sie bestritten ist, ferner ihre Fälligkeit und

eventuell das Vorhandensein einer der in Art. 314 bezeichneten Umstände, welche die Insolvenz des Schuldners vermuthen lassen, zu beweisen Der Beklagte kann dann Einwendungen aller Art erheben, besonders, dass er Sicherheit geleistet habe. (S. unten S. 56 f.) Über die Klage wird durch förmliches Urtheil entschieden, dessen Tenor besagt: der Beklagte sei zur Duldung des Verkaufes zu verurtheilen[1]).

β. Die Klage richtet sich sonst nach den gewöhnlichen Regeln der C.P.O. Einzige Eigenthümlichkeit ist, dass der Gläubiger sie auch bei dem für ihn zuständigen Gericht erheben kann. Wie in § 13 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. hervorgehoben ist, ist dieser Gerichtsstand durch die C. P. O. nicht beseitigt worden. Dass er ein ausschliesslicher sei, wird zwar mehrfach behauptet[2]), aber nicht erwiesen. Die herrschende Meinung nimmt mit Recht an, dass auch jedes Forum des Schuldners geeignet ist.

γ. Über die Art des Verkaufes sagt Art. 315 nichts Näheres. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als dass der Richter sie nach seinem Ermessen bestimmt. Meist wird er den öffentlichen Verkauf anordnen. Ein freihändiger ist aber keineswegs ausgeschlossen. Die Vorschriften der C. P. O. über die Zwangsvollstreckung kommen hier nicht in Betracht, wie zuweilen in Verkennung des Wesens der Retentionsklage behauptet wird[3]). Von der C. P .O. könnte nur § 775 in Frage kommen, der davon handelt, wie dem Widerstand eines Schuldners begegnet wird, welcher dazu verurtheilt ist, eine Handlung zu dulden. Allein Widerstand ist hier nicht zu erwarten, da der Gläubiger die Sache ja in seiner Gewalt haben muss[4]).

Der Erlös der verkauften Sache fällt dem Gläubiger anheim, welcher sich davon zu befriedigen und den Überschuss dem Schuldner abzuliefern hat. Nach der soeben bekämpften Ansicht müsste der Gerichtsvollzieher den Erlös, soweit als die Forderung reicht, dem Gläubiger, den Rest dem Schuldner überweisen. Der Gläubiger könnte also am Überschuss kein

[1]) Vergl. das Petitum in R. G. 12. S. 79.
[2]) So von Staub S. 707 § 7.
[3]) Z. B. von Laband, a. a. O. S. 497 f.
[4]) Vergl. Staub S. 708.

Kompensationsrecht mehr wegen Forderungen, die nicht aus zweiseitigen Handelsgeschäften herrühren, geltend machen.

Ist das Retentionsrecht vertragsmässig eingeräumt und dabei vertragsmässig Verkaufsbefugnis zugestanden, so bedarf es einer Klageerhebung nicht mehr. Sonst muss aber der Gläubiger immer diese Vorschriften beachten. Handelt er dagegen, so erlischt sein Recht zwar nicht, er kann es am Erlös fortsetzen, bezw. mit demselben Kompensation eintreten lassen, er haftet aber dem Schuldner dann für den durch den unvorschriftsmässigen Verkauf entstandenen Schaden.

III. Der kaufmännische Retinent muss die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes prästieren, deren Verletzung nach Art. 283 H. G. B. Schadensersatzpflicht für damnum emergens und lucrum cessans zur Folge hat, also härter geahndet wird, als im gemeinen Rechte. Er verletzt sie aber besonders dann, wenn er für die Aufbewahrung der Sache nicht gehörig sorgt, retinierte Wechsel nicht rechtzeitig präsentiert u. s. w. Seine Sorgfalt kann es ihm auch zur Pflicht machen, leicht verderbliche Sachen ohne die förmliche Klage zu verkaufen. Er darf sich dann aus dem Erlöse befriedigen, wie wir Ähnliches schon bei dem gemeinrechtlichen Retentionsrecht zu sehen Gelegenheit hatten.

C. Insbesondere im Konkurs.

§ 17.

I. Gemeines Recht.

Im gemeinen Recht war es vor der Reichskonkursordnung äusserst bestritten, ob ein Retentionsrecht auch den Konkursgläubigern gegenüber aufrecht erhalten werden könnte, bis der Retinent volle Befriedigung aus der Masse erlangt habe.[1]) Die ältere Doktrin war übereinstimmend dagegen. Indess entschied sich in der neueren Litteratur die herrschende Meinung dafür, dass es allgemein durchdringe.

Heute ist die Sache durch die Konkursordnung klargestellt. Nach § 12 derselben können Retentionsrechte nach Eröffnung des Verfahrens mit verbindlicher Kraft gegen die Konkurs-

[1]) Litteratur darüber bei Langfeld S. 138 [3].

gläubiger nicht mehr erworben werden, wenn auch der Anspruch auf den Erwerb schon vorher begründet gewesen ist. Bei den schon vor diesem Zeitpunkt erworbenen muss man einen Unterschied machen.[1]) Besteht das Retentionsobjekt in einer dem Kridar gehörigen körperlichen Sache, so ist sie im Prinzip als zur Masse gehörig an dieselbe abzuliefern und der Retinent muss mit seiner Forderung mit den übrigen Konkursgläubigern ins Theil gehen. Als Ausnahme hiervon ist es zu betrachten, dass im § 41 K. O. eine Reihe von Retentionsberechtigten in Ansehung eines solchen Objektes ein Absonderungsrecht gleich den Faustpfandgläubigern erhalten haben. So ist es vor allem bei der Retention wegen Verwendungen, nicht aber wegen des durch die Sache verursachten Schadens, nicht im Fall der l. un. C. etiam ob chirogr. etc. Es kann also im Konkurs auch das gemeine Retentionsrecht ausnahmsweise einmal zur Befriedigung führen. Wird dagegen eine dem Gemeinschuldner nicht gehörige Sache oder eine sonstige Leistung retiniert, so hat der Konkurs keinen Einfluss hierauf. Für die Fälle, in denen die Retentionsbefugnis in Gestalt einer exceptio non adimpleti contractus geltend gemacht wird, erkennt dies K. O. § 15 ausdrücklich an. Man muss dasselbe aber auch von den auf S. 25 unter 3 und 4 bezeichneten Retentionsfällen annehmen.

Die bevorzugten Retentionsrechte können nach den im § 22 der K. O. gegebenen Bestimmungen dem Anfechtungsrechte der Konkursgläubiger unterliegen, ebenso wie Rechtsgeschäfte, durch welche ein Retentionsrecht begründet wird, auch ausserhalb des Konkurses angefochten werden können.

§ 18.

II. Handelsrecht.

Für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht hatte schon H. G. B. Art. 315 ausdrücklich bestimmt, dass der Gläubiger diese Rechte auch gegen die Konkursmasse hat. Die Konkursordnung brauchte dies nur im § 41 zu bestätigen.

Auch das kaufmännische Retentionsrecht kann nicht mehr nach Eröffnung des Verfahrens erworben werden, ebensowenig

[1]) Vergl. Langfeld S. 143.

wie das bei dem gemeinrechtlichen der Fall ist. Es unterliegt auch ebenso wie dieses dem Anfechtungsrecht der benachtheiligten Gläubiger, wobei eine Entscheidung des Reichsgerichtes[1]) hervorgehoben werden mag, wonach die Anfechtung dann nicht durchgreift, wenn der Gläubiger vor der kritischen Zeit eine Sache des Schuldners bereits hatte und nunmehr eine Forderung gegen denselben erwirbt. Denn er hat dann nicht die Sicherung zur kritischen Zeit erhalten.

Hat nun ein Gläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens ein gültiges Retentionsrecht erworben, so gewährt ihm K. O. § 41, ebenso wie den privilegierten Kategorien des gemeinen Retentionsrechtes, ein Absonderungsrecht gleich den Faustpfandgläubigern. Welchen Rang das Retentionsrecht unter den Absonderungsrechten einnehmen soll, ist in der K. O. nicht entschieden. Die Frage wird auch nicht leicht praktisch werden. Kollisionen sind nicht leicht denkbar, da das Retentionsrecht den Besitz nach dem H. G. B. verlangt und ebenso das Faustpfand nach der K. O. Faustpfandgläubiger ohne Besitz haben zwar vielleicht ein Recht auf den Besitz, Absonderung können sie aber nur verlangen, wenn sie ihn wieder erlangt haben und damit das Retentions- und Absonderungsrecht eines Konkurrenten beseitigt haben.

Die Art und Weise, wie der kaufmännische Retinent sich aus dem Retentionsobjekt befriedigen kann, ist durch den Konkurs nicht nothwendig einer Änderung unterworfen. Er kann den gewohnten Weg der Retentionsklage beschreiten, braucht sich überhaupt gar nicht in den Konkurs einzulassen. Er muss nur, statt seinen Schuldner, jetzt den Konkursverwalter von der Ausübung seines Rechtes benachrichtigen und zwar schon aus dem Grunde, weil nach § 108 K. O. jeder Besitzer einer zur Masse gehörigen Sache binnen bestimmter Frist von dem Besitz der Sache und von den Forderungen, für welche er aus der Sache abgesonderte Befriedigung verlangt, Anzeige machen muss. Nach § 110 muss er die Sache sogar dem Konkursverwalter auf Verlangen vorzeigen und deren Abschätzung gestatten. Indessen ist dem Konkursverwalter durch § 117 doch die Möglichkeit gegeben, selbst den Verkauf des Retentions-

[1]) R. G. 9. S. 50.

objektes zu betreiben, was er immer dann thun wird, wenn er einen Überschuss aus dem Erlös für die Masse erhofft und der Gläubiger seine Retentionsklage nicht unverzüglich anstellt. Das Recht der Realisierung, das der Gläubiger bisher hatte, wird also jetzt zur Pflicht.

Nur in einem Fall kann das kaufmännische Retentionsrecht im Konkurs vollständig aufgehoben werden, zwar nicht dadurch, dass, wie beim nicht bevorzugten gemeinrechtlichen Retentionsrecht, das retinierte Objekt einfach zur Masse abgeliefert werden muss, sondern indirekt dadurch, dass eine der wesentlichen Voraussetzungen des Retentionsrechtes nach Handelsrecht, das Eigenthum des Schuldners an den beweglichen Sachen und Werthpapieren, durch den Konkurs wieder aufgehoben wird, und zwar ex tunc, nicht ex nunc, was, wie wir oben (S. 31) bemerkten, nichts schaden würde. Das ist der Fall bei dem in § 36 K. O. sanktionierten Verfolgungsrecht — right of stoppage — des Verkäufers und Einkaufskommissionärs wegen der an den Kridar abgesandten, aber noch nicht in seinen Gewahrsam gekommenen Waaren, falls sie noch nicht vollständig bezahlt sind[1]). Macht eine solche Person von ihrem Verfolgungsrecht Gebrauch, und erlischt infolgedessen das Eigenthum des Gemeinschuldners — natürlich bezieht sich das nur auf diejenigen Rechtsgebiete, wo mit Abschluss des Vertrages, wie nach französischem Recht, oder mit Absendung der Waare, wie nach preussischem Recht, der Eigenthumsübergang schon erfolgt ist — so erlischt ein etwa erworbenes Retentionsrecht, da es an fremden Sachen nicht bestehen kann. Dies wird hauptsächlich Spediteure und Frachtführer treffen, die ein Retentionsrecht wegen Forderungen geltend machen wollen, welche nicht aus dem Speditions- bezw. Frachtvertrage herrühren, für welche sie also kein Pfandrecht haben, das nach Art. 306 H. G. B. bei gutgläubigem Erwerb auch an fremdem Eigenthum bestehen kann.

[1]) Vergl. R. O. H. G. 6. Nr. 69, R. G. 8. Nr. 83.

Vierter Abschnitt.

Beendigung des Retentionsrechtes.

A. Gemeines Recht.

§ 19.

Das Retentionsrecht erlischt nach gemeinem Rechte zunächst:

1. mit Wegfall eines wesentlichen Theiles seiner Voraussetzungen, also namentlich durch Untergang einer der beiden Ansprüche, sei es infolge von Erfüllung oder Kompensation oder Erlass oder Verjährung. Die Forderung des Retentionsberechtigten braucht noch nicht einmal getilgt zu sein, um das Retentionsrecht erlöschen zu lassen.[1]) Eine Realoblation genügt schon aus allgemeinen Rechtsgründen. Geht der Anspruch des Retentionsgegners auf eine körperliche Sache, so bewirkt Verlust der Detention nur dann Aufhebung des Retentionsrechtes, wenn mit Verlust der Detention auch die Leistungspflicht des Retinenten selbst erlischt.

2. Ohne Rücksicht auf seine Voraussetzungen geht das gemeine Retentionsrecht unter:

a. durch Verzicht,

b. in vielen Fällen, aber nicht immer durch den Konkurs des Schuldners (s. oben S. 50),

c. durch eine durchgeführte Anfechtung,

d. ob auch durch eine geleistete Sicherheit, ist streitig und muss hier noch näher erörtert werden.

Im Prinzip muss man jedenfalls gegen die Ausschliessung des Retentionsrechtes durch Sicherheitsleistung sein. Der Zweck des gemeinen Retentionsrechtes, ein Pressionsmittel zu sein, würde illusorisch werden, wenn man immer gestatten würde, durch Sicherheitsleistung sich der eigentlichen Leistung zu entziehen. Gerade in dem Wunsch des Schuldners, lieber Sicherheit stellen zu wollen, um nicht der retinierten Leistung zu entbehren, liegt doch, dass die eigentliche Leistung ihm

[1]) Vergl. l. 39 D. de R.J. 50,17.

unangenehmer ist, als die Sicherheitsleistung. Muss er unbedingt jene leisten, so wird ein stärkerer Druck auf seinen Willen ausgeübt, als wenn er mit dieser sich begnügen könnte. Und es ist nicht einzusehen, weshalb der Retinent auf diese stärkere Wirkung seines Rechtes verzichten soll. Namentlich dann, wenn die beiden Leistungen ein Äquivalent bilden, wenn die exceptio doli also den Charakter einer exceptio non adimpleti contractus hat, wird eine Sicherheitsleistung immer ausgeschlossen sein. Indessen könnte strenge Durchführung dieses Grundsatzes im konkreten Fall doch gegen die Billigkeit, die Grundlage des ganzen Rechtsinstitutes, verstossen. Wenn z. B. der Schuldner ohne Verschulden nicht im Stande ist, seine Leistung zu prästieren, seinen guten Willen aber durch Anbieten einer Sicherheit beweist, oder wenn der Anspruch des Retinenten bestritten ist, der Prozess, in welchem er festgestellt werden soll, sich ungewöhnlich lange hinzieht, so würde es doch lange contra bonam fidem sein, wenn der Gläubiger auf ungewisse Zeit hin das, was er schuldet, zurückhalten könnte.[1]) Wann somit ausnahmsweise eine Sicherheitsleistung zugelassen werden muss, entscheidet im Einzelfall richterliches Ermessen. Diesem muss es auch anheim gestellt werden, zu bestimmen, was als geeignete Sicherheit vom Gläubiger angenommen werden muss. Nicht geeignet wäre z. B. eine Kaution durch Bürgen[2]) oder Pfand, weil die hier erforderliche Klage die Lage des Retinenten erschweren würde.[3]) Genügen würde dagegen jedenfalls Deponierung einer Geldsumme.

B. Handelsrecht.

§ 20.

Ebenso wie nach gemeinem Rechte endet auch nach Handelsrecht das Retentionsrecht:

[1]) *Der Entwurf lässt Sicherheitsleistung in Übereinstimmung mit dem preuss. Landrecht I. 20. § 552 ff. immer zu (§ 234 Abs 2). Bei den aus der Einrede des nicht erfüllten Vertrages fliessenden Retentionsfällen thut er dies allerdings nicht, sieht ja aber auch hierin, wie wir schon bemerkten, kein eigentliches Retentionsrecht, sondern nur ein solches im weiteren Sinne. Motive 2. S. 43*

[2]) *Diesen schliesst auch der Entwurf § 234 besonders aus.*

[3]) l. 60. de furtis 47,2. interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultro commodati agere.

1. Durch Wegfall seiner Voraussetzungen. Da diese aber nicht dieselben wie die gemeinrechtlichen sind, so sind es zum Theil andere Umstände, welche das kaufmännische Retentionsrecht erlöschen lassen. Der häufigste Fall ist natürlich, wie im gemeinen Recht, Erfüllung der Forderung des Retinenten und was ihr gleichsteht. Geht das Eigenthum des Schuldners am Retentionsobjekt verloren, so berührt dies das Retentionsrecht nicht[1]), wenigstens nur in dem Falle, wo es auf den Gläubiger, den Retentionsberechtigten selbst, übergeht.

Ein äusserst wichtiger Endigungsgrund für das Handelsrecht ist der Verlust des Besitzes. Mit diesem geht hier das Retentionsrecht immer unter, nicht blos unter besonderen Umständen wie im gemeinen Rechte. Es heisst ausdrücklich im Art. 313 H. G. B.: „sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst vermittelst Konossemente, Ladescheine oder Lagerscheine noch in der Lage ist, darüber zu verfügen". Aus welchem Grunde der Besitz verloren gegangen ist, ist gleichgiltig. Der Retentionsberechtigte als solcher hat kein Mittel, ihn wiederzuerlangen[2]). Nur dort, wo partikularrechtlich im Gegensatz zum gemeinen Recht auch dem bürgerlichen Retinenten die possessorischen Rechtsmittel zustehen[3]), sind sie auch dem kaufmännischen Retinenten nicht zu verweigern.

Dem Besitzverlust steht natürlich Untergang des Retentionsobjektes gleich. Eine interessante Frage ist es, ob, falls das untergegangene Objekt versichert war, das Retentionsrecht auch die etwaige Versicherungssumme umfasst. Der Fall ist weder vom Gesetz berücksichtigt noch jemals wie bekannt gerichtlich entschieden. Wenn man sich vom Gefühl der Aequitas leiten lässt, so möchte man wohl meinen, dass der Untergang des Objektes nicht dem Schuldner zum Vortheil, dem Gläubiger zum Nachtheil gereichen dürfte. Für diese Meinung würde auch die Analogie des Pfandrechtes sprechen[4]). Allein unserer Ansicht nach hat der Gläubiger durch den früheren Besitz der untergegangenen Sache doch noch kein

[1]) Vergl. oben S. 71 und die Besonderheit im Konkurs S. 131.
[2]) Vergl. v. Hahn S. 187 § 1. Korn. S. 40. Anders: Goldschmidt S. 1053, 1054.
[3]) Wie z. B. Preuss. Landrecht I. 20. § 561.
[4]) Deshalb entscheidet sich auch Korn S. 105 so.

Recht auf den Besitz der Versicherungssumme. Wie sollte der Versicherer dazu kommen, sie ihm und nicht dem Schuldner auszuzahlen. Dazu könnte er doch nur angehalten werden, wenn der Gläubiger ein vollstreckbares Urtheil für seine Forderung gegen den Schuldner erwirbt und auf Grund dessen die Forderung des Schuldners an den Versicherer nach den Vorschriften der C.P.O. § 730 ff. sich pfänden lässt. Dann hat er aber nur auf Grund seines Pfandrechtes, nicht seines Retentionsrechtes, einen Anspruch auf die Versicherungssumme. Man muss also vielmehr sagen, dass der Mangel eines jeden Besitzverhältnisses zur Versicherungssumme dem Retentionsberechtigten als solchen jede Befriedigung daraus versagt.

2. Abgesehen von dem Fortfall einer seiner Voraussetzungen erlischt das kaufmännische Retentionsrecht:

a. durch Verzicht wie das gemeinrechtliche. In der Klage auf Abnahme liegt ein Verzicht auf das Retentionsrecht noch nicht[1]).

b. im Konkurs des Schuldners nur durch die Verfolgungsklage des Absenders oder Einkaufskommissionärs, also bei weitem nicht so häufig, wie nach gemeinem Recht.

c. dagegen wieder in gleicher Weise wie im gemeinen Recht durch eine durchgeführte Anfechtung.

d. durch Annahme einer Sicherheit. Hierüber noch Folgendes:

Im gemeinen Recht fanden wir die Befugnis des Retentionsgegners, durch anderweitige Sicherheitsleistung das Retentionsrecht auszuschliessen, streitig, und, mit Rücksicht auf den Zweck der Retention als eines Nöthigungsmittels gerade zu der geforderten Leistung, sprachen wir uns im Prinzip dagegen aus, ohne jedoch Ausnahmen auszuschliessen. Im Handelsrecht ist dies anders. Hier ist Sicherung und eventuelle Befriedigung des Retinenten Zweck der Retention und dieser kann ebensogut auf andere Weise erreicht werden, als gerade durch die retinierte Sache. Deshalb hat Art. 315 ausdrücklich dies Sicherungsrecht dem Schuldner gewährt und zwar in der negativen Fassung: „wenn dieser ihn nicht rechtzeitig in anderer Weise sichert," (solle der Gläubiger den Verkauf

[1]) R.O.H.G. 10. S. 325.

beantragen dürfen). Dies Sicherungsrecht bezieht sich nicht blos auf die Verkaufsbefugnis des Retinenten, wie man nach dem Wortlaut des Artikels annehmen könnte, sondern auf alle Wirkungen des Retentionsrechtes, sodass der Gläubiger die Sache herausgeben muss[1]). Thut er dies nicht, so ist er zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. Das Retentionsrecht selbst erlischt aber erst mit Annahme der Sicherheit. Ein trotz angebotener Sicherheit vollzogener Verkauf ist rechtsgiltig, wenn auch zum Ersatz verpflichtend. Der Schuldner kann aber durch Klage und einstweilige Verfügung den Retinenten zur Herausgabe zwingen und so den Verkauf hindern.

Die Sicherheitsstellung kann jederzeit bis zum erfolgten Verkauf erfolgen. Es liegt gar kein Grund vor, dies nur bis zur Klageerhebung des Gläubigers gestatten zu wollen[2]). Es heisst allerdings im Art. 315: „wenn dieser ihn nicht rechtzeitig sichert". Damit soll aber doch offenbar keine Beschränkung für den Schuldner gegeben sein, sodass er, wenn nicht rechtzeitig, dann gar nicht sichern dürfe, sondern nur eine Erleichterung für den Gläubiger. Es soll nur heissen: Dieser brauche nicht länger mit der Retentionsklage zu warten, als bis der Schuldner nach Empfang der Anzeige oder deren zu unterstellendem Eintreffen bei verzugsfreiem Verfahren Zeit nöthig hat, um die Bestellung anderweitiger Sicherheit bewirken zu können.

Was eine genügende Sicherheit ist, muss wie im gemeinen Recht im Einzelfall der Entscheidung des Richters unterliegen. Sie mus ebenso bequem wie die Sicherung durch das Retentionsobjekt sein. Baarhinterlegung wird auch hier immer genügen. Deren Betrag darf nicht weiter ausgedehnt werden, als zur Sicherung der Forderung nöthig ist. Dass deren Werth erreicht wird, kann aber verlangt werden, selbst dann, wenn die retinierte Sache diesem Werth nicht gleichkam. Im gemeinen Recht könnte man das nicht fordern.

[1]) R.O.H.G. 2. S. 383.
[2]) Wie Korn S. 85 es will.

Rückblick.

§ 21.

Das Ergebnis unserer Betrachtung über den Unterschied des kaufmännischen Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes ist also, um es noch einmal kurz zusammenzufassen, folgendes:

Seinem rechtlichen Charakter nach ist das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht wie mit keinem anderen Rechtsinstitut, so auch insbesondere nicht mit dem, was man gemeinrechtlich unter Retentionsrecht versteht, zu identificieren. Dieses ist ein Pressionsmittel, jenes ein Befriedigungsmittel.

In seinen Voraussetzungen ist das kaufmännische Retentionsrecht gegenüber dem des gemeinen Rechts eingeschränkt dadurch, dass es nur unter Kaufleuten, nur wegen Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften, nur an Objekten, die auf Grund von zwischen Retinent und Retentionsgegner abgeschlossenen Handelsgeschäften in den Besitz des ersteren gekommen sind, gilt; ferner dadurch, dass es nur an beweglichen Sachen und Werthpapieren möglich ist, dass der Schuldner daran Eigenthum haben muss, und dass nur mit seinem Willen der Schuldner den Besitz daran erworben haben darf. Andererseits ist es gegenüber dem gemeinrechtlichen ausgedehnt dadurch, dass es keines besonderen anerkannten Retentionsgrundes bedarf, besonders keiner direkten Beziehung zwischen Anspruch und Gegenanspruch, und vor allem dadurch, dass es auch wegen nicht fälliger Forderungen und trotz einer der Retention widersprechenden Disposition als sog. ausserordentliches Retentionsrecht vorkommen kann. Die Erweiterungen sind also nur wenige der Zahl nach, aber diese wenigen, insbesondere das ausserordentliche Retentionsrecht, sind von einer derartigen Wichtigkeit, dass trotz der zahlreichen Einschränkungen das kaufmännische Retentionsrecht in der Praxis weit öfter vorzukommen Gelegenheit hat, als das gemeinrechtliche.

Dass es nun aber auch öfter angewandt wird, dazu tragen am meisten die Ausdehnungen bei, die es in seinen Wirkungen

vor dem gemeinrechtlichen voraus erfahren hat. Es kann zwar auch in blossem Zurückbehalten wirken, wobei es dann aber nur Sicherungs- und ev. Befriedigungs-, nicht Pressionsmittel ist. Seine Hauptwirkung besteht indessen in der dem gemeinen Recht völlig fremden Verkaufsbefugnis. Wichtig ist auch, dass es im Konkurs nicht wie das gemeinrechtliche nur in einzelnen Fällen, sondern immer seine Kraft behält.

Seine Endigungsgründe entsprechen im Wesentlichen, abgesehen von den durch die verschiedenen Voraussetzungen bedingten, den gemeinrechtlichen. Verschieden ist hier eigentlich nur, dass angebotene und angenommene Sicherheit es immer und nicht blos in Ausnahmefällen, wie im gemeinen Recht, ausschliessen kann.

Diese Unterschiede des handelsrechtlichen Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes werden auch fortdauern, wenn unser jetziges gemeines Recht einmal durch das zu erhoffende allgemeine bürgerliche Gesetzbuch ersetzt sein wird, da dieses im Wesentlichen den Bestimmungen des bisherigen Rechtes auf dem Gebiete des Zurückbehaltungsrechtes entspricht. Die wenigen Ausnahmen haben wir an den geeigneten Stellen hervor[1]). Namentlich hält der Entwurf an dem Hauptunterschied des kaufmännischen Retentionsrechtes von dem gemeinrechtlichen fest, daran, dass dieses letztere kein Befriedigungs- sondern nur ein Pressionsmittel ist. Es liegt auch kein Bedürfnis für unseren bürgerlichen Verkehr nach einer solchen Verstärkung des Institutes vor. Die bestehenden Kreditsicherungsmittel genügen vollkommen. Dass dies im Handelsverkehr aber nicht der Fall war, haben wir in der Einleitung dargelegt.

[1]) Vergl. die durch Kursivschrift hervorgehobenen Noten auf S. 13, 22, 23, 25, 27, 43, 44, 54.

Litteratur.

Bekker, Zur Reform des Besitzrechtes, 1891.
Bekker, Sistem des heutigen Pandektenrechtes, 1886.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II., 1892.
Cosack, Lehrbuch, des Handelsrechtes, 1893.
Cramer, Retentionsrecht. Archiv für civilistische Praxis, Bd. 38.
Dernburg, Pandekten, Bd. I., 1894.
Dernburg, Kompensation, 1868.
Dernburg, Pfandrecht, 1860, 1864.
Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See-, u. Wechselr., 1882.
Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 1887.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1888.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes, 1868.
Grosskopf, Zur Lehre vom Retentionsrecht, 1858.
Kommentare z. d. Handelsgesetzb. v. Anschütz & Voelderndorff, 1867-74.
" " Gareis-Fuchsberger, 1891.
" " v. Hahn, 1877-83.
" " Makower, 1890.
" " Puchelt, 1892.
" " Staub, 1891.
Korn, Das kaufmännische Retentionsrecht, 1881.
Laband in Goldschmidts Zeitschrift f. d. ges. Handelsr., Bd. IX., S. 482 ff.
Langfeld, Die Lehre v. Retentionsr. nach gemeinem R., 1886. Vgl. dazu
Baehr, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. XXVIII, S. 411 ff.
Lepa, Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., Bd. XXXIII. S. 473 ff.
Luden, Retentionsrecht, 1856.
von Lutz, Protokolle zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch.
Meibom, Das deutsche Pfandrecht, 1867.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1888.
Pernice, M. Antistius Labeo, Bd. II, 1878-92.
Puchta, Vorlesungen I., 1873.
Reinhold, Das allgemeine und das kaufmännische Retentionsr., 1889.
von Savigny, Recht des Besitzes. Herausgegeben von Rüdorff, 1865.
Schenk, Retentionsrecht, 1837.
Thoel, Das Handelsrecht, 1879.
Windscheid, Pandekten, 1891.
Windscheid, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. I, S. 127 ff.
Wolff in Busch's Archiv für deutsches Handelsrecht, 1864, Bd. III., S. 251 ff.